

TE Verg Bescheid 2008/8/1 N/0064-BVA/13/2008-35

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.08.2008

Norm

BVergG 2006 §328

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13, MR Mag. Thomas Gruber, sowie Dr. Eleonore Dietersdorfer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung und Montage von Alufenstern und Alurahmenteilen für den Neubau des Bildungscentrums Arbeiterkammer in Feldkirch / Vorarlberg" der Auftraggeberin AK Vorarlberg Immobilien GmbH & Co KG, Widnau 2- 4, 6800 Feldkirch, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Dem Antrag vom 18. Juni 2008, eingeschränkt mit Schreiben vom 26. Juni 2008, "das Bundesvergabeamt möge die Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung aussprechen" wird gemäß § 320 BVergG 2006 nicht stattgegeben. Dem Antrag vom 18. Juni 2008, eingeschränkt mit Schreiben vom 26. Juni 2008, "das Bundesvergabeamt möge die Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung aussprechen" wird gemäß Paragraph 320, BVergG 2006 nicht stattgegeben.

II.römisch zwei.

Die Anträge vom 18. Juni 2008, "das Bundesvergabeamt möge die Auftraggeberin zum Ersatz der Verfahrenskosten einschließlich der Pauschalgebühren an die antragstellende Unternehmerin verpflichten" sowie "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin und der ausschreibenden Stelle den Ersatz der Verfahrenskosten einschließlich der Pauschalgebühren an die antragstellende Unternehmerin auftragen" werden gemäß den §§ 319 BVergG 2006 und 74 AVG abgewiesen. Die Anträge vom 18. Juni 2008, "das Bundesvergabeamt möge die Auftraggeberin zum Ersatz der Verfahrenskosten einschließlich der Pauschalgebühren an die antragstellende Unternehmerin verpflichten" sowie "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin und der ausschreibenden Stelle den Ersatz der Verfahrenskosten einschließlich der Pauschalgebühren an die antragstellende Unternehmerin auftragen" werden gemäß den Paragraphen 319, BVergG 2006 und 74 AVG abgewiesen.

Begründung

1. Ziffer eins
Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 18. Juni 2008, beim BVA eingelangt am 20. Juni 2008, begehrte die Antragstellerin folgendes:

"Das Bundesvergabeamt möge

1. Ziffer eins
eine mündliche Verhandlung anberaumen
2. Ziffer 2
die Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung aussprechen und der Auftraggeberin auftragen, den Zuschlag der antragstellenden Unternehmerin zu erteilen, sowie
3. Ziffer 3
die Auftraggeberin zum Ersatz der Verfahrenskosten einschließlich der Pauschalgebühren an die antragstellende Unternehmerin verpflichten."

Weiters wurde mit gleichem Schriftsatz der Antrag gestellt, "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin und der ausschreibenden Stelle

1. Ziffer eins
sogleich eine Verständigung vom vorliegenden Antrag auf Erlassung einer EV zustellen und sie ausdrücklich darauf hinweisen, dass sie bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag bis zur Entscheidung über diesen Antrag nicht erteilen darf,
2. Ziffer 2
die Erteilung des Zuschlages mittels EV bis zur rechtskräftigen Erledigung des konkreten Nachprüfungsverfahrens untersagen, sowie
3. Ziffer 3
den Ersatz der Verfahrenskosten einschließlich der Pauschalgebühren an die antragstellende Unternehmerin auftragen."

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auftraggeberin im Wege eines offenen Verfahrens den Liefer- und Dienstleistungsauftrag "Lieferung und Montage von Alufenstern und Alurahmenteilen" für den Neubau des Bildungscenters Arbeiterkammer in Feldkirch / Vorarlberg mit einem geschätzten Auftragswert im klassischen Verfahren von jedenfalls mehr als Euro 211.000 ausgeschrieben habe. Die Antragstellerin habe ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro 768.005,- gelegt. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 6. Juni 2008 sei zu Gunsten der B*** eine Zuschlagsentscheidung mit einer Vergabesumme von Euro 769.899,50 netto mitgeteilt worden. Diese Zuschlagsentscheidung werde angefochten. Der Antragstellerin drohe durch den Entgang des Auftrages ein Schaden von Euro 180.000. Die Antragstellerin sei durch die rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin in subjektiven Rechten verletzt. Aufgrund der Zuschlagskriterien komme dem Angebotspreis eine Gewichtung von 95%, der "Anzahl der Lehrstellen" eine solche von 5% zu. Die Beachtung von sozialen Aspekten (sekundäre Zwecke) bei den Zuschlagskriterien sei aber nur dann zulässig, wenn sie der Auftraggeberin einen wirtschaftlichen Vorteil bieten würden, der mit dem eigentlichen Auftragsgegenstand oder seinen Ausführungsbedingungen zusammenhängt. Die beabsichtigte Zuschlagserteilung sei rechtlich unvertretbar. Die Antragstellerin habe einen Preis von Euro 768.005,-, die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin einen solchen von Euro 769.899,50 geboten. Erstere beschäftige vier Lehrlinge (Personen in einem Ausbildungsverhältnis), während Letztere angeblich 19 Lehrlinge beschäftige. Der Umstand, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin allenfalls zahlenmäßig mehr Personen in einem Ausbildungsverhältnis (Lehrlinge) beschäftige als die Antragstellerin biete der Auftraggeberin keinen wie immer gearteten wirtschaftlichen Vorteil. Vielmehr sei entscheidend, dass die Antragstellerin einen günstigeren Preis geboten habe. Die alleinige Heranziehung der absoluten Anzahl der beschäftigten Lehrlinge verstoße gegen das Diskriminierungsverbot. Die Antragstellerin weise einen deutlich höheren relativen Lehrlingsstand als die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf. Die Zuschlagsentscheidung vom 6. Juni 2008 entspreche nicht den zwingenden Bestimmungen des § 131 BVergG, da der Entscheidung vor allem auch die Merkmale und Vorteile der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht entnommen werden könne. Der Antragstellerin drohe durch den Verlust des konkreten Auftrages als Referenzobjekt ein nicht vollständig durch Geldersatz ausgleichbarer

Schaden. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auftraggeberin im Wege eines offenen Verfahrens den Liefer- und Dienstleistungsauftrag "Lieferung und Montage von Alufenstern und Alurahmenteilern" für den Neubau des Bildungscentrums Arbeiterkammer in Feldkirch / Vorarlberg mit einem geschätzten Auftragswert im klassischen Verfahren von jedenfalls mehr als Euro 211.000 ausgeschrieben habe. Die Antragstellerin habe ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro 768.005,- gelegt. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 6. Juni 2008 sei zu Gunsten der B*** eine Zuschlagsentscheidung mit einer Vergabesumme von Euro 769.899,50 netto mitgeteilt worden. Diese Zuschlagsentscheidung werde angefochten. Der Antragstellerin drohe durch den Entgang des Auftrages ein Schaden von Euro 180.000. Die Antragstellerin sei durch die rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin in subjektiven Rechten verletzt. Aufgrund der Zuschlagskriterien komme dem Angebotspreis eine Gewichtung von 95%, der "Anzahl der Lehrstellen" eine solche von 5% zu. Die Beachtung von sozialen Aspekten (sekundäre Zwecke) bei den Zuschlagskriterien sei aber nur dann zulässig, wenn sie der Auftraggeberin einen wirtschaftlichen Vorteil bieten würden, der mit dem eigentlichen Auftragsgegenstand oder seinen Ausführungsbedingungen zusammenhängt. Die beabsichtigte Zuschlagserteilung sei rechtlich unvertretbar. Die Antragstellerin habe einen Preis von Euro 768.005,-, die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin einen solchen von Euro 769.899,50 geboten. Erstere beschäftige vier Lehrlinge (Personen in einem Ausbildungsverhältnis), während Letztere angeblich 19 Lehrlinge beschäftige. Der Umstand, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin allenfalls zahlenmäßig mehr Personen in einem Ausbildungsverhältnis (Lehrlinge) beschäftige als die Antragstellerin biete der Auftraggeberin keinen wie immer gearteten wirtschaftlichen Vorteil. Vielmehr sei entscheidend, dass die Antragstellerin einen günstigeren Preis geboten habe. Die alleinige Heranziehung der absoluten Anzahl der beschäftigten Lehrlinge verstoße gegen das Diskriminierungsverbot. Die Antragstellerin weise einen deutlich höheren relativen Lehrlingsstand als die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf. Die Zuschlagsentscheidung vom 6. Juni 2008 entspreche nicht den zwingenden Bestimmungen des Paragraph 131, BVergG, da der Entscheidung vor allem auch die Merkmale und Vorteile der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht entnommen werden könne. Der Antragstellerin drohe durch den Verlust des konkreten Auftrages als Referenzobjekt ein nicht vollständig durch Geldersatz ausgleichbarer Schaden.

Mit Schreiben vom 24. Juni 2008 brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren "Lieferung und Montage von Alufenstern und Alurahmenteilern für den Neubau des Bildungscentrums Arbeiterkammer in Feldkirch / Vorarlberg" die AK Vorarlberg Immobilien GmbH & Co KG sei. Es handle sich um einen Bauauftrag im Oberschwennenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 16.300.000,- welcher im Wege eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt werde. Die Angebotsöffnung habe am 13. Mai 2008 stattgefunden. Die Zuschlagsentscheidung sei am 6. Juni 2008 ergangen.

Mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 24. Juni 2008, N/0064- BVA/13/2008-11, wurde der Antragstellerin aufgetragen eine Pauschalgebühr von insgesamt Euro 7.500 bis spätestens 26. Juni 2008 zu entrichten.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 26. Juni 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass sie die Anzahl der von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin beschäftigten Lehrlinge bestreite. Sie stelle lediglich die Beschäftigung von maximal vier Lehrlingen außer Streit. Daher betrage die richtige Punktezahl bei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht insgesamt 99,77 Punkte, sondern maximal 97,27 Punkte (94,77 plus 2,5), die Antragstellerin erreiche jedoch 97,5 Punkte. Die Ausschreibung sei jedenfalls in Bezug auf die "Lehrlinge" nicht eindeutig. Der Ausschreibung könne nicht entnommen werden, ob es sich bei der Anzahl der Lehrstellen um eine absolute oder um eine relative Zahl, die im Verhältnis der Gesamtbeschäftigten stehe, handeln würde. Daher sei das Kriterium "Anzahl der Lehrstellen 5%" in der Art und Weise, wie es nun die Auftraggeberin auszulegen versuche, gar nicht bestandfest geworden. Die Antragstellerin beschäftige in Relation wesentlich mehr Lehrlinge als die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Die Umstände die zur Zuschlagsentscheidung geführt hätten, seien nicht ausreichend und nachvollziehbar dargestellt worden. Die Zuschlagsentscheidung hätte auf die Antragstellerin lauten müssen. Es lägen massive Verstöße insbesondere auch gegen § 19 BVergG, vor allem gegen den Gleichheitsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot vor, die trotz Nichtbekämpfung der Ausschreibung auf das Nachprüfungsverfahren durchschlagen würden und nach wie vor relevant sein müssten. Die Wortfolge "und der Auftraggeberin auftragen, den Zuschlag der antragstellende Unternehmerin zu erteilen" (Anm.: es handelt sich dabei offenbar um einen Teil des Antrages der Antragstellerin vom 18. Juni 2008) würde "fallen gelassen". Mit Schreiben der Antragstellerin vom 26. Juni 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass sie die Anzahl der von der in Aussicht

genommenen Zuschlagsempfängerin beschäftigten Lehrlinge bestreite. Sie stelle lediglich die Beschäftigung von maximal vier Lehrlingen außer Streit. Daher betrage die richtige Punktezahl bei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht insgesamt 99,77 Punkte, sondern maximal 97,27 Punkte (94,77 plus 2,5), die Antragstellerin erreiche jedoch 97,5 Punkte. Die Ausschreibung sei jedenfalls in Bezug auf die "Lehrlinge" nicht eindeutig. Der Ausschreibung könne nicht entnommen werden, ob es sich bei der Anzahl der Lehrstellen um eine absolute oder um eine relative Zahl, die im Verhältnis der Gesamtbeschäftigten stehe, handeln würde. Daher sei das Kriterium "Anzahl der Lehrstellen 5%" in der Art und Weise, wie es nun die Auftraggeberin auszulegen versuche, gar nicht bestandfest geworden. Die Antragstellerin beschäftige in Relation wesentlich mehr Lehrlinge als die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Die Umstände die zur Zuschlagsentscheidung geführt hätten, seien nicht ausreichend und nachvollziehbar dargestellt worden. Die Zuschlagsentscheidung hätte auf die Antragstellerin lauten müssen. Es lägen massive Verstöße insbesondere auch gegen Paragraph 19, BVergG, vor allem gegen den Gleichheitsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot vor, die trotz Nichtbekämpfung der Ausschreibung auf das Nachprüfungsverfahren durchschlagen würden und nach wie vor relevant sein müssten. Die Wortfolge "und der Auftraggeberin auftragen, den Zuschlag der antragstellende Unternehmerin zu erteilen" Anmerkung, es handelt sich dabei offenbar um einen Teil des Antrages der Antragstellerin vom 18. Juni 2008) würde "fallen gelassen".

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes 30. Juni 2008, GZ N/0064/13/2008-23, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 1. August 2008 untersagt.

Mit Schreiben vom 2. Juli 2008 erhob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin B*** begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 4. Juli 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die in den Ausschreibungsunterlagen dargestellten Bewertungsvorgaben zur Berechnung der Punkte für das Zuschlagskriterium "Anzahl der Lehrstellen" entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin in keiner Weise auf das Verhältnis aller Beschäftigten zu Lehrlingen abstelle. Weiteres enthalte das von den Bietern auszupreisende Leistungsverzeichnis an mehreren Stellen Bieterlücken für die Angabe des jeweils vom Bieter angebotenen Produkts. Die Antragstellerin habe unter anderem in die Bieterlücke der Position 0504E Z kein konkret angebotenes Produkt eingetragen, sondern "Lieferant" angegeben. Die Antragstellerin habe also die von ihr angebotenen Produkte nicht spezifiziert bzw der Wahl eines namentlich nicht genannten Lieferanten vorbehalten. Es liege damit ein unbehebbarer Angebotsmangel vor, weshalb das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre, was zur Folge habe, dass der Antragstellerin keine Antragslegitimation im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zukomme.

Mit Schreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 7. Juli 2008 legte diese 15 Verträge mit bei ihr beschäftigten Lehrlingen sowie eine Ausbildungsbestätigung der Wirtschaftskammer Oberösterreich, Lehrlingsstelle, vom 7. Juli 2008 vor, aus der hervorgehe, dass bei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit Stichtag 8. Mai 2008 15 Lehrlinge in Ausbildung stünden.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 7. Juli 2008 legte diese eine Bestätigung der Arbeiterkammer Oberösterreich vom 30. Juni 2008 vor, worin bestätigt wird, dass bei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit Stichtag 13. Mai 2008 16 Lehrlinge beschäftigt seien.

Am 9. Juli 2008 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Dabei hat die Antragstellerin angegeben, dass in der Bieterlücke der Position 0504E Z unter BL01 nach ihrem Verständnis das Produkt, das von der Antragstellerin angeboten werde, eingesetzt hätte werden sollen. Was unter BL02 eingefügt hätte werden sollen, hätte sie nicht gewusst, da sie sich unter "Produktpass" nichts vorstellen könne. Sie habe in beiden Fällen in den genannten Positionen "Lieferant" eingefügt. Sie habe das Leitprodukt anbieten wollen, habe aber dieses in der Position BL01 nicht eingefügt, weil sie nicht gewusst habe, ob es verfügbar sei. Bezüglich Position 0701E Z gelte das Gleiche wie zu Position 0504E Z unter BL01. Bei den Positionen 0504 E Z und 0701 E Z, gebe es im deutschsprachigen Raum etwa 3 - 4 dem Leitprodukt Schüco gleichwertige Systeme am Markt. Im Rest der Welt gebe es möglicherweise noch andere Produkte die man für die Positionen 0504 E Z und 0701 E Z anbieten hätte können, über die die Antragstellerin aber nicht genau Bescheid wisse. Die Antragstellerin habe das Leitprodukt Schüco nicht eingesetzt, weil dieses sehr neu am Markt sei und weil sie nicht wissen hätte können, ob es tatsächlich verfügb- und lieferbar sei. Die Antragstellerin stellte nach Vorlage der entsprechenden Bestätigungen der Arbeiterkammern und Vorlage der Lehrverträge die Anzahl von 15 bei

der in Aussicht genommen Zuschlagsempfängerin B*** beschäftigten Lehrlinge außer Streit. Es bleibe somit übrig der Antrag die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, weil die Ausschreibung aufgrund des rechtswidrigen Zuschlagskriteriums Lehrlinge rechtswidrig sei. Die Auftraggeberin gab an, dass in die Bieterlücke ein allfälliges vom Leitprodukt abweichendes Produkt anzubieten gewesen wäre. Wenn ein Bieter in die Bieterlücke "Lieferant" eintrage, so sei das so zu verstehen, dass der Bieter sich nicht auf ein bestimmtes Produkt festlegen wolle.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die AK Vorarlberg Immobilien GmbH & Co KG hat zur Beschaffung von Alufenstern und Alurahmenten für den Neubau des Bildungszentrums Arbeiterkammer in Feldkirch / Vorarlberg einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert des Gesamtvorhabens von Euro 16.300.000,- ohne USt ausgeschrieben (Schreiben der Auftraggeberin vom 24.6.2008). Die Ausschreibung wurde nicht angefochten. Die Antragstellerin hat ein Angebot mit einer Angebotssumme von Euro 768.005 ohne USt gelegt (Akt des Vergabeverfahrens). Im Angebot der Antragstellerin wurde in den Bieterlücken des Leistungsverzeichnisses der Positionen 0504E Z und 0701E Z jeweils unter BL01 "Lieferant" eingefügt (Akt des Vergabeverfahrens). Die B*** hat ein Angebot mit einer Angebotssumme von Euro 769.899,50 ohne USt gelegt (Akt des Vergabeverfahrens). Mit Schreiben vom 6. Juni 2008 wurde von der Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** getroffen (Akt des Vergabeverfahrens).

1. 3.Ziffer 3

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren ist die AK Vorarlberg Immobilien GmbH & Co KG (FN 288541 a). Der unbeschränkt haftende Gesellschafter der Auftraggeberin ist entsprechend dem Firmenbuch die AK Vorarlberg Immobilien GmbH (FN 285524 p). Der Kommanditist der Auftraggeberin ist entsprechend dem Firmenbuch die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Vorarlberg. Alleiniger Gesellschafter der AK Vorarlberg Immobilien GmbH ist wiederum die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Vorarlberg. Es handelt sich daher bei der AK Vorarlberg Immobilien GmbH & Co KG um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl zur Kammer für Arbeiter und Angestellte für Salzburg: BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10) für welchen das Bundesvergabeamt zuständig ist. Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren ist die AK Vorarlberg Immobilien GmbH & Co KG (FN 288541 a). Der unbeschränkt haftende Gesellschafter der Auftraggeberin ist entsprechend dem Firmenbuch die AK Vorarlberg Immobilien GmbH (FN 285524 p). Der Kommanditist der Auftraggeberin ist entsprechend dem Firmenbuch die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Vorarlberg. Alleiniger Gesellschafter der AK Vorarlberg Immobilien GmbH ist wiederum die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Vorarlberg. Es handelt sich daher bei der AK Vorarlberg Immobilien GmbH & Co KG um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 vergleiche zur Kammer für Arbeiter und Angestellte für Salzburg: BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10) für welchen das Bundesvergabeamt zuständig ist.

1. 4.Ziffer 4

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin

Die Auftraggeberin hat vorgebracht, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation mangeln würde, weil sie in die Bieterlücken der Position 0504E Z kein konkret angebotenes Produkt eingetragen, sondern "Lieferant" angegeben habe.

Tatsächlich hat die Antragstellerin in ihrem Angebot in den Bieterlücken BL01 der Positionen 0504E Z und 0701E Z "Lieferant" eingefügt. Nach übereinstimmendem Verständnis sowohl der Auftraggeberin als auch der Antragstellerin hätte in die mit "BL01" bezeichneten beiden Bieterlücken der Positionen 0504E Z und 0701E Z das Produkt, das vom Bieter angeboten wird, eingesetzt werden sollen. Diesem Verständnis ist zu folgen, da dazu im Text der genannten beiden Positionen erläuternd festgehalten ist: "Angebotenes gleichwertiges System: [BL01]". Da die Antragstellerin jedoch das von ihr angebotene (gleichwertige) System nicht in die beiden Bieterlücken eingesetzt hat (sondern lediglich das Wort "Lieferant"), ist das Angebot der Antragstellerin mangelhaft.

Zu prüfen ist nun, ob es sich bei den dargestellten Mängeln um behebbare oder unbehebbar Mängel handelt. Der VwGH hat im Erkenntnis vom 25.2.2004, 2003/04/0186, zu dieser Problematik ausgeführt:

"Es ist daher bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbar Mängeln darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde.... Eine andere Sicht könnte freilich auch dann gegeben sein, wenn durch eine Mängelbehebung eine (wenn auch nur mittelbare) materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten (durch die Möglichkeit der Mängelbehebung dem diesbezüglichen Bieter ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt würde)."

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 9. Juli 2008 angegeben, dass sie bei den Positionen 0504 E Z und 0701 E Z "Lieferant" eingefügt habe. Sie habe das Leitprodukt anbieten wollen, habe aber dieses in der Position BL01 nicht eingefügt, weil sie nicht gewusst habe, ob es verfügbar sei. Bei den Positionen 0504 E Z und 0701 E Z gebe es im deutschsprachigen Raum etwa 3 - 4 dem Leitprodukt Schüco gleichwertige Systeme am Markt. Im Rest der Welt gebe es möglicherweise noch andere Produkte die man für die Positionen 0504 E Z und 0701 E Z anbieten hätte können, über die sie aber nicht genau Bescheid wisse. Die Antragstellerin habe das Leitprodukt Schüco nicht eingesetzt, weil dieses sehr neu am Markt sei und weil sie nicht wissen hätte können, ob es tatsächlich verfügb- und lieferbar sei.

Das Angebot der Antragstellerin ist - wie oben dargestellt - wegen der Einfügung des Wortes "Lieferant" bei den Positionen 0504 E Z und 0701 E Z mangelhaft. Würde man der Antragstellerin die Möglichkeit zur nachträglichen Spezifikation geben, so könnte sie das bisher unbekannte (und allenfalls ausschreibungswidrige) Produkt durch ein neu bekanntzugebendes Produkt ersetzen. Sie könnte die solcherart zusätzlich zur Verfügung gestellte Zeit nützen um abzuklären (was sie bisher ihren eigenen Aussagen zufolge nicht wusste) ob das Leitprodukt Schüco überhaupt verfügbar ist und könnte Markterhebungen zu den im deutschsprachigen Raum etwa 3 - 4 am Markt verfügbaren dem Leitprodukt Schüco gleichwertigen Systemen und Markterhebungen zu den im Rest der Welt verfügbaren dem Leitprodukt Schüco gleichwertigen Systemen anstellen. Diese zusätzlich zur Verfügung gestellte Zeit würde anderen Bieter (die die Bieterlücken im Angebot ausschreibungskonform ausgefüllt haben) bei der Ausarbeitung ihres Angebotes nicht gewährt werden. Bei der Antragstellerin würde somit iSd Erkenntnisses des VwGH vom 25.2.2004, 2003/04/0186, durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung eintreten. Deshalb handelt es sich bei den aufgezeigten Mängeln des Angebotes der Antragstellerin um unbehebbar Mängel.

Das Angebot der Antragstellerin wäre daher gem § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuscheiden gewesen. Es ist ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass einem Bieter, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zukommt, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstehen bzw drohen kann (vgl. dazu G. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Jahrbuch Vergaberecht 2008, 133 ff mit umfangreichen Judikaturnachweisen). Der Antragstellerin kommt somit keine Antragslegitimation zu. Das Angebot der Antragstellerin wäre daher gem Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuscheiden gewesen. Es ist ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass einem Bieter, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zukommt, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstehen bzw drohen kann vergleiche dazu G. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Jahrbuch Vergaberecht 2008, 133 ff mit umfangreichen Judikaturnachweisen). Der Antragstellerin kommt somit keine Antragslegitimation zu.

1. 5. Ziffer 5

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung

Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass selbst wenn der Antragstellerin Antragslegitimation zukäme dem Antrag nicht stattzugeben gewesen wäre, da das von der Antragstellerin bekämpfte "rechtswidrige Zuschlagskriterium Lehrlinge" der Ausschreibung mangels rechtzeitiger Anfechtung durch die Antragstellerin bestandskräftig geworden ist und daher jedenfalls anzuwenden ist (vgl zur Präklusion Th Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Jahrbuch Vergaberecht 2008, 182 ff). Es ist dem Bundesvergabeamt (sogar) verwehrt, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (1171 BlgNR 22.GP 138). Im Übrigen ist darauf

zu verweisen, dass selbst wenn der Antragstellerin Antragslegitimation zukäme dem Antrag nicht stattzugeben gewesen wäre, da das von der Antragstellerin bekämpfte "rechtswidrige Zuschlagskriterium Lehrlinge" der Ausschreibung mangels rechtzeitiger Anfechtung durch die Antragstellerin bestandskräftig geworden ist und daher jedenfalls anzuwenden ist vergleiche zur Präklusion Th Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Jahrbuch Vergaberecht 2008, 182 ff). Es ist dem Bundesvergabeamt (sogar) verwehrt, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 138).

1. 6. Ziffer 6

Ersatz der Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin

§ 319 BVergG 2006 lautet: Paragraph 319, BVergG 2006 lautet:

Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Paragraph 319, (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. 1. Ziffer eins

dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. 2. Ziffer 2

dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

(3) Über den Gebührenersatz hat das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

Da zwar dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 30. Juni 2008, GZ N/0064/13/2008-23, stattgegeben, jedoch dem Hauptantrag nicht stattgegeben und die Antragstellerin auch nicht klaglos gestellt wurde, waren die Anträge auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG abzuweisen. Der (neben dem Ersatz der Pauschalgebühren) beantragte "Ersatz der Verfahrenskosten" war mangels gesetzlicher Grundlage gem § 74 AVG abzuweisen. Da zwar dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 30. Juni 2008, GZ N/0064/13/2008-23, stattgegeben, jedoch dem Hauptantrag nicht stattgegeben und die Antragstellerin auch nicht klaglos gestellt wurde, waren die Anträge auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG abzuweisen. Der (neben dem Ersatz der Pauschalgebühren) beantragte "Ersatz der Verfahrenskosten" war mangels gesetzlicher Grundlage gem Paragraph 74, AVG abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

30.12.2008

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at