

TE Verg Bescheid 2008/6/11 SVKS/61/25

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.06.2008

Norm

S.VKG 2007 §26

BVergG 2006 §141

1. BVergG 2006 § 141 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 141 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Der Vergabekontrollsenat des Landes Salzburg erlässt durch den Richter des Landesgerichtes Salzburg Dr. Friedrich Gruber als Vorsitzenden sowie Dkfm. Bernd Gaubinger und Dr. Martin Huber als Beisitzer in der Vergabesache "Offenes Verfahren, Dienstleistungsauftrag, Oberschwellenbereich, C*** BL 2 und 3 Elektroinstallationen", Antragstellerin A***, vertreten durch B***, Antragsgegnerin C***, vertreten durch D***, mitbeteiligte Partei E***, vertreten durch F***, nach der mündlichen Verhandlung vom 16.5.2008 nachstehenden

B E S C H E I D B E S C H E römisch eins D:

Der Antrag, der Vergabekontrollsenat Salzburg wolle die Zuschlagsentscheidung der C*** vom 24.4.2008 im Vergabeverfahren "C*** BL 2 und 3 Elektroinstallationen" als nichtig erklären, weil die Zuschlagsentscheidung die Antragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten verletze und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Verfahrens von wesentlichem Einfluss sei, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 1, 2 und 14 Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 – S.VKG 2007, LGBl Nr 28/2007 iVm Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr 17/2006. Rechtsgrundlage: Paragraphen eins, 2 und 14 Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 – S.VKG 2007, Landesgesetzblatt Nr 28 aus 2007, in Verbindung mit Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006,.

Begründung:

Die C*** führt ein Vergabeverfahren für einen "nicht prioritären Dienstleistungsauftrag" betreffend Elektroinstallationen für die Neustrukturierung Innere Medizin, Baulose 2 und 3, durch. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Union am 21.12.2007.

Mit Schreiben vom 24.4.2008 gab die Antragsgegnerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Firma E*** bekannt.

Am 26.4.2008 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nachprüfung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Sie beantragte, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Die angefochtene Entscheidung verletze sie in ihrem Recht

- -Strichaufzählung
auf Führung eines fairen Wettbewerbs (§ 141 Abs 2, § 19 BVergG) auf Führung eines fairen Wettbewerbs (Paragraph 141, Absatz 2, Paragraph 19, BVergG),
- -Strichaufzählung
auf Durchführung eines dem vergaberechtlichen Gleichheitsgrundsatz verpflichteten Vergabeverfahrens,
- -Strichaufzählung
auf Erteilung des Zuschlages auf das eigene Offert,
- -Strichaufzählung
auf Ausscheidung von ausschreibungswidrigen Angeboten (§ 129 BVergG per analogiam in Verbindung mit § 141 Abs 2 BVergG), auf Ausscheidung von ausschreibungswidrigen Angeboten (Paragraph 129, BVergG per analogiam in Verbindung mit Paragraph 141, Absatz 2, BVergG),
- -Strichaufzählung
auf ordnungsgemäße Führung des gesamten Vergabeverfahrens (§ 125 BVergG per analogiam in Verbindung mit § 141 BVergG), auf ordnungsgemäße Führung des gesamten Vergabeverfahrens (Paragraph 125, BVergG per analogiam in Verbindung mit Paragraph 141, BVergG),
- -Strichaufzählung
auf Unterlassung der Zuschlagsentscheidung,
- -Strichaufzählung
auf nichtausschreibungskonforme Offerte sowie
- -Strichaufzählung
auf Einhaltung der Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses und der Ausschreibung.

Zudem bezog die Antragstellerin ihren Antrag auch direkt auf die genannten gesetzlichen Bestimmungen, da sich die Antragsgegnerin in der öffentlichen Ausschreibung nachweislich auf die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 bezogen habe und daher diese Bestimmungen unmittelbar anwendbar seien, da die öffentliche Ausschreibung mangels Anfechtung auch bestandskräftig geworden sei und daher der Prüfungsmaßstab gelte, den die Antragsgegnerin selbst aufgestellt habe.

Zu ihrem möglichen Schaden behauptete sie: Es entgehe ihr ein wesentlicher Referenzauftrag. Weiters würde sie einen Vermögensschaden erleiden, der sich aus kalkulatorischem Gewinn und kalkulatorischem Gemeinkostendeckungsbeitrag zusammensetze und zumindest € 100.000,-- betrage; dazu komme noch der Entfall der Deckungsbeiträge.

Nach den Unterlagen der Bekanntmachung betreffe das Vergabeverfahren einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag (Kategorie 27) im Sinne des Anhanges IV BVergG. Nach den Unterlagen der Bekanntmachung betreffe das Vergabeverfahren einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag (Kategorie 27) im Sinne des Anhanges römisch vier BVergG.

In der Zuschlagsentscheidung finde sich kein Hinweis auf die Stillhaltefrist gem § 141 Abs 5 BVergG. Ihre Aufforderung vom 25.4.2008, die Stillhaltefrist bekanntzugeben, habe zu keinem Ergebnis geführt. In der Zuschlagsentscheidung finde sich kein Hinweis auf die Stillhaltefrist gem Paragraph 141, Absatz 5, BVergG. Ihre Aufforderung vom 25.4.2008, die Stillhaltefrist bekanntzugeben, habe zu keinem Ergebnis geführt.

Sie habe das Bestbieteroffert gelegt. Das Offert des vermeintlichen Bestbieters leide an Mängeln, die auch unter Zugrundelegung des vergrößerten Maßstabes des § 141 Abs 2 BVergG zu einer Ausscheidung führen müssten. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig. Sie habe das Bestbieteroffert gelegt. Das Offert des vermeintlichen Bestbieters leide an Mängeln, die auch unter Zugrundelegung des vergrößerten Maßstabes des Paragraph 141, Absatz 2, BVergG zu einer Ausscheidung führen müssten. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig.

Das ausgeschriebene Gewerk baue auf bereits vorliegende Teilgewerke auf. Daraus ergebe sich eine besondere Notwendigkeit, auf die bereits vorliegende Leistungserbringung insoweit Rücksicht zu nehmen, als bestimmte hochwertige Fabrikate, die bereits in den Bauvorstufen eingebaut worden seien, auch bei der Ausführung des jetzt

ausgeschriebenen Gewerkes zu verwenden seien.

Auf Seite 23 der Vorbemerkungen, Position 800040 Z habe die Antragsgegnerin bestimmte Fabrikate für Leuchter, Nockenschalter und dergleichen verlangt. Auf Seite XVI des Angebots-Inhaltsverzeichnisses sei bestimmt, dass Fabrikate die in der Angebotsprüfung als nicht gleichwertig erkannt würden, nur dann als angeboten gelten würden, wenn der Bieter das in einem Begleitschreiben zum Angebot erkläre. Auf Seite 23 der Vorbemerkungen, Position 800040 Z habe die Antragsgegnerin bestimmte Fabrikate für Leuchter, Nockenschalter und dergleichen verlangt. Auf Seite römisch sechzehn des Angebots-Inhaltsverzeichnisses sei bestimmt, dass Fabrikate die in der Angebotsprüfung als nicht gleichwertig erkannt würden, nur dann als angeboten gelten würden, wenn der Bieter das in einem Begleitschreiben zum Angebot erkläre.

Der Mangel bestehe darin, dass das Angebot der mitbeteiligten Partei offensichtlich in wesentlichen Positionen nicht der Ausschreibung entsprechen könne, wenn man sich die Kalkulation vergegenwärtige.

Jedes Angebot müsse im Sinne des § 108 BVergG der Ausschreibung entsprechen. Auch wenn diese Bestimmung bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen nicht direkt zur Anwendung gelange, ändere das nichts daran, dass die Antragsgegnerin eine entsprechende Ausschreibung veranlasst habe, an die sie nun wegen nicht erfolgter Anfechtung gebunden sei. Das Diskriminierungsverbot gebiete, dass von diesen Festlegungen nicht mehr abgegangen werden könne. Jedes Angebot müsse im Sinne des Paragraph 108, BVergG der Ausschreibung entsprechen. Auch wenn diese Bestimmung bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen nicht direkt zur Anwendung gelange, ändere das nichts daran, dass die Antragsgegnerin eine entsprechende Ausschreibung veranlasst habe, an die sie nun wegen nicht erfolgter Anfechtung gebunden sei. Das Diskriminierungsverbot gebiete, dass von diesen Festlegungen nicht mehr abgegangen werden könne.

Die Angebote seien gemäß § 125 BVergG vertieft geprüft worden. Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote seien im Sinne der Ausschreibung nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG dann auszuschneiden, wenn die Mängel nicht behebbar seien. Das Angebot der Mitbeteiligten sei offensichtlich mit einem nicht behebbaren Mangel behaftet. Sie habe eine kalkulatorische Nachprüfung der Preisbildung vorgenommen. Aus dieser ergebe sich, dass unter Zugrundelegung der kalkulatorischen Ansätze die in der Ausschreibung geforderten Fabrikate nicht angeboten worden sein dürften. Baue der Mitbewerber andere als die ausgeschriebenen oder keine gleichwertigen Fabrikate ein, sei er materiell besser gestellt, als jener Bieter, der ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe. Die Angebote seien gemäß Paragraph 125, BVergG vertieft geprüft worden. Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote seien im Sinne der Ausschreibung nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG dann auszuschneiden, wenn die Mängel nicht behebbar seien. Das Angebot der Mitbeteiligten sei offensichtlich mit einem nicht behebbaren Mangel behaftet. Sie habe eine kalkulatorische Nachprüfung der Preisbildung vorgenommen. Aus dieser ergebe sich, dass unter Zugrundelegung der kalkulatorischen Ansätze die in der Ausschreibung geforderten Fabrikate nicht angeboten worden sein dürften. Baue der Mitbewerber andere als die ausgeschriebenen oder keine gleichwertigen Fabrikate ein, sei er materiell besser gestellt, als jener Bieter, der ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe.

Aus der öffentlichen Ausschreibung sei wie folgt zu wiederholen (Seite XVI): "Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse der sachverständigen Prüfung durch den AG, den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat. Andernfalls wird das Angebot nach § 129 (7) BVergG 2006 ausgeschieden." Aus der öffentlichen Ausschreibung sei wie folgt zu wiederholen (Seite römisch sechzehn): "Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse der sachverständigen Prüfung durch den AG, den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat. Andernfalls wird das Angebot nach Paragraph 129, (7) BVergG 2006 ausgeschieden."

Von allen beteiligten Parteien werde offensichtlich faktisch außer Streit gestellt, dass die Antragsgegnerin eine Fabrikatsvorschreibungsliste der Ausschreibung bzw dem Leistungsverzeichnis zu Grunde gelegt habe. Aus der Äußerung der Antragsgegnerin ergebe sich, dass die mitbeteiligte Partei die vorgeschriebene Fabrikate nicht angeboten und das auf Seite 16 der Ausschreibung ausdrücklich geforderte Begleitschreiben nicht vorgelegt habe. Daraus folge, dass ein ausschreibungswidriges Offert vorliege, das auszuschneiden sei. Würden in einem

Vergabeverfahren konkrete Voraussetzungen festgelegt, unter denen Offerte auszuschneiden seien, sei für Überlegungen, ob Mängel behebbar seien oder nicht, kein Raum. Nach dem Grundsatz der Selbstbindung seien Offerte, die der Ausschreibung in einem solchen Punkt nicht entsprechen würden, auszuschneiden.

Die nachträgliche "Zulassung" eines Schreibens vom 29.2.2008 würde zu einer materiellen Besserstellung des vermeintlichen Bestbieters führen, der ein Angebot erstattet habe, welches der Ausschreibung nicht entsprochen habe.

Die Angebotsprüfung habe ergeben, dass die Antragstellerin Bestbieter sei. Ihr Angebot entspreche den Ausschreibungsbedingungen. Hingegen entspreche das Angebot der Mitbeteiligten nicht den Ausschreibungsbedingungen und sei gemäß § 129 und § 106 BVergG auszuschneiden. Die Angebotsprüfung habe ergeben, dass die Antragstellerin Bestbieter sei. Ihr Angebot entspreche den Ausschreibungsbedingungen. Hingegen entspreche das Angebot der Mitbeteiligten nicht den Ausschreibungsbedingungen und sei gemäß Paragraph 129 und Paragraph 106, BVergG auszuschneiden.

Nach dem Vorbringen der Mitbeteiligten erscheine es so, als wäre die Ausführung – zu anderen als den angebotenen Fabrikaten – erstmals am 22.4.2008 zugesagt worden; somit mehr als zwei Monate nach Ablauf der Angebotsfrist. Damit erscheine eine materielle Änderung des Angebotsinhaltes gegeben.

Letztlich sei der mitbeteiligten Partei eine Ausscheidungsentscheidung zugeworfen, die bestandskräftig geworden und nicht aufgehoben worden sei. Die mitbeteiligte Partei habe daher kein rechtliches Interesse an der Verfahrensteilnahme.

Die Antragsgegnerin beantragte die Abweisung des Antrages mit folgender Begründung:

Die Antragstellerin stütze ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen auf den vermuteten Umstand, dass die als Billigstbieterin hervorgegangene Mitbeteiligte kein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe und insbesondere ihrem Angebot nicht die ausgeschriebenen Fabrikate zu Grunde gelegt habe. Diese Vermutung entspreche nicht den Tatsachen.

Es stimme, dass die Antragsgegnerin eine Fabrikatvorschreibungsliste der Ausschreibung bzw dem Leistungsverzeichnis zu Grunde gelegt habe. Für die in diesem Verfahren relevanten Leuchten und Nockenschalter enthalte diese Fabrikationsvorschreibungsliste aber nicht nur ein Produkt sondern zumindest zwei. Aus diesem Grunde sei im Leistungsverzeichnis bei den einzelnen Positionen jeweils eine Bieterlücke vorgesehen, um den anbietenden Unternehmen die Möglichkeit zu geben, eines der in der Fabrikatvorschreibungsliste enthaltenen Produkte einzusetzen. Die als Billigstbieterin hervorgegangene Mitbeteiligte habe die Bieterlücke "irrtümlich dahingehend verstanden", dass auch alternative Produkte angeboten werden könnten. Im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung sei dieser Irrtum offensichtlich aufgefallen, weshalb die Mitbeteiligte "unaufgefordert" mit Schreiben vom 29.2.2008 bestätigt habe, dass alle Positionen ausschließlich mit dem ausgeschriebenen Fabrikat ausgeführt werden. Von einer Ausscheidung des Angebotes der Mitbeteiligten habe sie Abstand genommen, da die Mitbeteiligte mit Schreiben vom 22.4.2008 neuerlich bestätigt habe, dass die Leistung ausschließlich mit dem ausgeschriebenen Fabrikat ausgeführt würde und insbesondere der Angebotspreis um knapp € 100.000,- unter jenem der Antragstellerin liege. Sie sei somit zutreffend von einem behebbaren Mangel des ursprünglichen Angebotes der Mitbeteiligten ausgegangen. Auch die von der Antragstellerin behauptete nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises liege nicht vor. Die Antragstellerin versuche den Eindruck zu vermitteln, dass Leuchten und Nockenschalter in diesem Verfahren besondere Bedeutung hätten. Tatsächlich seien diese gemessen am Gesamtpreis unerheblich. Die Mitbeteiligte bleibe auch dann Billigstbieter, wenn das Angebot mit den von der Antragstellerin eingesetzten Preisen für die Produktgruppen Leuchten und Nockenschalter gerechnet würde, ja selbst unter Zugrundelegung der am teuersten angebotenen Positionen Leuchten und Nockenschalter liege der Gesamtpreis der Mitbeteiligten deutlich unter dem Gesamtpreis der Antragstellerin.

Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung getroffen worden sei.

Die Mitbeteiligte beantragte gleichfalls die Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Sie führte aus:

Die Ausschreibung hinsichtlich der genannten Produkte sei so zu lesen und zu interpretieren, dass immer auch

gleichwertige Produkte zulässig seien. Das Gesetz sehe nämlich in § 98 Abs 7 BVergG zwingend vor, dass Produktbezeichnungen ausnahmslos mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen seien. Gleichwertige Produkte seien daher zulässig. Die Mitbeteiligte habe jeweils ein gleichwertiges Produkt angeboten. Das Angebot entspreche daher der Ausschreibung. Die Ausschreibung hinsichtlich der genannten Produkte sei so zu lesen und zu interpretieren, dass immer auch gleichwertige Produkte zulässig seien. Das Gesetz sehe nämlich in Paragraph 98, Absatz 7, BVergG zwingend vor, dass Produktbezeichnungen ausnahmslos mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen seien. Gleichwertige Produkte seien daher zulässig. Die Mitbeteiligte habe jeweils ein gleichwertiges Produkt angeboten. Das Angebot entspreche daher der Ausschreibung.

Die ausschreibende Stelle habe der Mitbeteiligten geraten, zu bestätigen, dass sie die angebotene Leistung mit dem ausgeschriebenen Fabrikat und mit dem angebotenen Preis ausführen werde. Dies habe die Mitbeteiligte über ausdrücklichen Rat der ausschreibenden Stelle mit Schreiben vom 22.4.2008 auch getan. Ein allfälliger Mangel im Angebot der mitbeteiligten Partei sei daher saniert.

Sollte der Zuschlag nicht der mitbeteiligten Partei erteilt werden, sei das Vergabeverfahren zu widerrufen. Dem Ausschreibenden sei offenbar nicht bekannt gewesen, dass es gleichwertige Produkte gebe. Erst durch die Hinweise der Mitbeteiligten habe die ausschreibende Stelle davon Kenntnis erlangt. Die betreffenden Produkte würden 18 % des Gesamtauftragsvolumens ausmachen. Die alternativen Produkte seien gleichwertig und deutlich billiger.

Im vorliegenden Fall habe sich der Auftraggeber für das Vergabeverfahren für "nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge" entschieden. Diese Entscheidung des Auftraggebers habe niemand angefochten, sodass das gewählte Vergabeverfahren bestandskräftig geworden sei. Es würden daher gemäß § 141 BVergG 2006 nur bestimmte Regelungen aus dem Gesetz gelten sowie auch das allgemeine Diskriminierungsverbot. Die im Gesetz definierten Mindestkriterien für ein Verfahren zur Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen seien im vorliegenden Fall eingehalten worden. Es gelte daher ein vereinfachtes Regime, das dem Auftraggeber entsprechende Freiheiten einräume. § 129 BVergG betreffend das Ausscheiden von Angeboten sei in der Auflistung des § 141 Abs 1 BVergG nicht aufgeführt. Ein Ausscheiden des Angebotes der mitbeteiligten Partei gemäß § 129 BVergG komme deshalb nicht in Betracht. Im vorliegenden Fall habe sich der Auftraggeber für das Vergabeverfahren für "nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge" entschieden. Diese Entscheidung des Auftraggebers habe niemand angefochten, sodass das gewählte Vergabeverfahren bestandskräftig geworden sei. Es würden daher gemäß Paragraph 141, BVergG 2006 nur bestimmte Regelungen aus dem Gesetz gelten sowie auch das allgemeine Diskriminierungsverbot. Die im Gesetz definierten Mindestkriterien für ein Verfahren zur Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen seien im vorliegenden Fall eingehalten worden. Es gelte daher ein vereinfachtes Regime, das dem Auftraggeber entsprechende Freiheiten einräume. Paragraph 129, BVergG betreffend das Ausscheiden von Angeboten sei in der Auflistung des Paragraph 141, Absatz eins, BVergG nicht aufgeführt. Ein Ausscheiden des Angebotes der mitbeteiligten Partei gemäß Paragraph 129, BVergG komme deshalb nicht in Betracht.

Unter Position 0506A Z auf Seite 4 des Leistungsverzeichnisses heiße es, dass, wenn im Leistungsverzeichnis vom Ausschreiber Erzeugnisse beispielhaft angeführt seien, der Bieter für angebotene gleichwertige Erzeugnisse auf Verlangen bei Angebotsprüfung die Qualitätsgleichwertigkeit durch Prüfzeugnisse einer akkreditierten Prüf- und Überwachungsstelle nachweisen müsse, wenn der Ausschreiber die Gleichwertigkeit bezweifle. Falls der Nachweis der Qualitätsgleichwertigkeit nicht erbracht werde, würden die im Leistungsverzeichnis vom Ausschreiber namentlich angeführten Erzeugnisse zum Angebotspreis verwendet. Daraus gehe hervor, dass jeder Bieter alternative Produkte anbieten dürfe. Diese Festlegung sei verbindlich.

Wie das Angebot auszulegen sei, sei durch den Ausschreibungstext selbst definiert. Das auf Seite XVI genannte Begleitschreiben zum Angebot, in dem der Bieter nochmals ausdrücklich erkläre, dass im Falle der fehlenden Gleichwertigkeit das ausgeschriebene Erzeugnis angeboten werde, sei vor diesem Hintergrund auf jeden Fall ein verbesserungsfähiger Mangel. Durch dieses Begleitschreiben werde das Angebot ausgehend vom sonstigen Text des Leistungsverzeichnisses nämlich inhaltlich überhaupt nicht mehr geändert. Den von der mitbeteiligten Partei im Zuge der Angebotsprüfung noch vorgelegten Bestätigungen komme vor dem Hintergrund des sonstigen Ausschreibungstextes gar kein gesonderter zusätzlicher Erklärungswert zu. Dass für den Fall der fehlenden Gleichwertigkeit die im Leistungsverzeichnis vom Ausschreiber namentlich angeführten Erzeugnisse zum Angebotspreis verwendet würden, ergebe sich nämlich bereits aus den Vorbemerkungen und dort insbesondere aus Punkt 0506A Z. Wie das Angebot auszulegen sei, sei durch den Ausschreibungstext selbst definiert. Das auf Seite

römisch sechzehn genannte Begleitschreiben zum Angebot, in dem der Bieter nochmals ausdrücklich erkläre, dass im Falle der fehlenden Gleichwertigkeit das ausgeschriebene Erzeugnis angeboten werde, sei vor diesem Hintergrund auf jeden Fall ein verbesserungsfähiger Mangel. Durch dieses Begleitschreiben werde das Angebot ausgehend vom sonstigen Text des Leistungsverzeichnisses nämlich inhaltlich überhaupt nicht mehr geändert. Den von der mitbeteiligten Partei im Zuge der Angebotsprüfung noch vorgelegten Bestätigungen komme vor dem Hintergrund des sonstigen Ausschreibungstextes gar kein gesonderter zusätzlicher Erklärungswert zu. Dass für den Fall der fehlenden Gleichwertigkeit die im Leistungsverzeichnis vom Ausschreiber namentlich angeführten Erzeugnisse zum Angebotspreis verwendet würden, ergebe sich nämlich bereits aus den Vorbemerkungen und dort insbesondere aus Punkt 0506A Z.

Das Angebot sei daher ausschreibungskonform und der Antrag auf Nichtigerklärung abzuweisen.

Folgender für die Entscheidung relevanter Sachverhalt

steht als erwiesen fest:Folgender für die Entscheidung relevanter Sachverhalt, steht als erwiesen fest:

Die Antragsgegnerin führt ein Vergabeverfahren betreffend Elektroinstallationen für die "Neustrukturierung C*** Baulose 2 und 3" durch. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Union am 21.12.2007.

An diesem Vergabeverfahren beteiligten sich ua die Antragstellerin und die mitbeteiligte Partei. Die Nettoangebotssumme der Antragstellerin betrug € 1.891.464,21, jene der Mitbeteiligten € 1.754.334,21.

Hierauf bot die Antragstellerin einen Nachlass von 2 %, die Mitbeteiligte einen solchen von 3 % an.

Die Angebotsöffnung erfolgte am 14.2.2008. Im Zuge der Prüfung der Angebote richtete die Prüferin G*** an die Mitbeteiligte am 18.2.2008 ein Schreiben, welches auszugsweise lautet wie folgt:

"Weiterhin werden für folgende Positionen Fabrikats- und Typenblätter mit vermassten Skizzen und Bildern benötigt:

- -Strichaufzählung
Für alle Positionen bei denen nicht das ausgeschriebene Fabrikat zur Ausführung gelangen soll und für folgende Positionen

OG 10 LG Position

- 1001 AZ bis 1401 AZ

- -Strichaufzählung
Für alle anderen Positionen ist zu bestätigen, dass das ausgeschriebene Fabrikat verwendet

wird."

Dieses Schreiben beantwortete die Mitbeteiligte am 29.2.2008 wie folgt:

"In Beantwortung Ihres Schreibens vom 18.2.2008 teilen wir Ihnen mit, dass alle Positionen ausschließlich mit dem ausgeschriebenen Fabrikat ausgeführt werden.

Für die Positionen OG 10 LG Position – 1001 AZ bis 1401 AZ und für alle anderen Positionen bestätigen wir, dass ausschließlich das ausgeschriebene Fabrikat verwendet wird. "

Als Ergebnis der Angebotsprüfung hielt die Prüferin am 3.4.2008 fest, dass das Angebot der Mitbeteiligten nicht den Ausschreibungsbedingungen entspreche und dieses gemäß § 129 Abs 1 Z 7 und § 106 Abs 7 BVergG auszuschneiden sei. Als Ergebnis der Angebotsprüfung hielt die Prüferin am 3.4.2008 fest, dass das Angebot der Mitbeteiligten nicht den Ausschreibungsbedingungen entspreche und dieses gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7 und Paragraph 106, Absatz 7, BVergG auszuschneiden sei.

Gleichzeitig wurde festgestellt, dass die Antragstellerin mit einer Angebotssumme von netto € 1.853,634,92 Bestbieterin sei.

Am 15.4.2008 verständigte die Antragsgegnerin die Mitbeteiligte per E-Mail von der Ausscheidung ihres Angebotes:

"Da Ihr Angebot in Bezug auf vorgegebene Fabrikate, welche aus Gründen der Wartung und Ersatzteillagerung von bereits im Bestand verwendeten Typen und Herstellern genau vorgegeben wurden, zum Teil leider nicht den ausgeschriebenen Vorgaben entspricht kann dieses nicht weiter berücksichtigt werden und wird laut

Bundesvergabegesetz 2006/§ 129 ausgeschieden. Für weitere Rückfragen oder genauere Informationen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung."

Da die Antragsgegnerin offensichtlich aus wirtschaftlichen Gründen entgegen dem Vorschlag der Prüferin und entgegen der bekanntgegebenen Ausscheidung der Mitbeteiligten den Auftrag erteilen wollte, richtete die Mitbeteiligte nach einem Gespräch mit H*** seitens der Antragsgegnerin am 22.4.2008 an die Antragsgegnerin ein Schreiben mit folgendem Inhalt:

"Wir teilen Ihnen mit, dass alle beispielhaft angeführten Positionen und Artikel des Leistungsverzeichnisses (Leuchten & Lampen/Bettschiene), ausschließlich mit dem ausgeschriebenen Fabrikat sowie mit dem angebotenen Preis ausgeführt werden. Der Angebotspreis ändert sich nicht!".

In einer "Ergänzung zum Vergabevorschlag" hielt die Prüferin am 23.4.2008 Folgendes fest:

"In der Phase der Angebotsprüfung wurde von der Firma E*** unaufgefordert ein Aufklärungsschreiben als Ergänzung zum Angebot (an den Bauherrn) übermittelt, dieses Schreiben lag dem Angebot bei der Angebotseröffnung noch nicht vor.

Im Schreiben der Firma E*** wurde Folgendes mitgeteilt - siehe auch beiliegende Kopie: Wir teilen Ihnen mit, dass alle beispielhaft angeführten Positionen und Artikel des Leistungsverzeichnisses (Leuchten & Lampen/Bettschiene), ausschließlich mit dem ausgeschriebenen Fabrikat sowie mit dem angebotenen Preis ausgeführt werden.

Der Angebotspreis ändert sich nicht!

Wir weisen darauf hin, dass dieses Schreiben verspätet vorgelegt wurde und das Angebot der Fa. E***, laut Bundesvergabegesetz bei der Angebotsprüfung und im Preisspiegel nicht berücksichtigt wurde."

Mit Mail vom 24.4.2008 erging an sämtliche Bieter nachstehende Verständigung:

"Betreff: Zuschlagsentscheidung, Vergabeverfahren C***, Baulos 2 und 3, Elektroinstallationen

Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir teilen Ihnen unsere Zuschlagsentscheidung gemäss Bundesvergabegesetz 2006 betreffend dem Vergabeverfahren C***, Baulos 2 und 3, Elektroinstallationen mit.

Der Zuschlag wird an die Firma E*** erfolgen."

Am 26.4.2008 langte der Antrag der Antragstellerin beim Vergabekontrollsenat Salzburg ein.

Die Ausschreibung enthält auszugsweise folgende "Allgemeine Vertragsbestimmungen":

"Bieterlücke:

Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung durch den AG, den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat. Anderenfalls wird das Angebot nach § 129 (7) Bundesvergabegesetz 2006 ausgeschieden." (Seite XVI). Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung durch den AG, den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat. Anderenfalls wird das Angebot nach Paragraph 129, (7) Bundesvergabegesetz 2006 ausgeschieden." (Seite römisch sechzehn).

[...]

Gültigkeit des Inhaltes des Angebotes:

Nachstehende Regelung wird vereinbart:

- -Strichaufzählung

Auftragsinhalt wird das gesamte Originalleistungsverzeichnis (wenn nur ein Teil davon – in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Auftraggebers – angeboten wird, nur dieser) und die vom Bieter im Angebotsdatenträger – und im Ausdruck davon - angegebenen Bieterlücken und Preise. (Seite XVII) Auftragsinhalt wird das gesamte Originalleistungsverzeichnis (wenn nur ein Teil davon – in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des

Auftraggebers – angeboten wird, nur dieser) und die vom Bieter im Angebotsdatenträger – und im Ausdruck davon - angegebenen Bieterlücken und Preise. (Seite römisch siebzehn)

[...]"

Die Leistungsbeschreibung enthält in den Vorbemerkungen (OG 00) auszugsweise folgende Bestimmungen:

"Standardisierte Leistungsbeschreibung:

Dieses Leistungsverzeichnis (LV) wurde mit der standardisierten Leistungsbeschreibung Haustechnik (LB-HT), Version 07, 2005-04, herausgegeben vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, erstellt.

[...]

Unklarheiten, Widersprüche:

Bei etwaigen Unklarheiten oder Widersprüchen in den Formulierungen des Leistungsverzeichnisses gilt nachstehende Reihenfolge:

1. 1.Ziffer eins

Folgetext einer Position (vor dem zugehörigen Grundtext) 2. Positionstext (vor Vertragsbestimmungen) 3.

Vertragsbestimmung der Unterleistungsgruppe 4. Vertragsbestimmung der Leistungsgruppe 5.

Vertragsbestimmung der Leistungsbeschreibung.

Kennzeichnung von Ergänzungen:

Etwaige frei formulierte Vertragsbestimmungen oder Positionen im Leistungsverzeichnis sind gemäß ÖNORM B 2063 mit dem Herkunftskennzeichen Z gekennzeichnet. Positionen, die zwar unverändert aus der Leistungsbeschreibung übernommen wurden, die aber im Zusammenwirken mit geänderten Vertragsbestimmungen ein anderes Leistungsbild ergeben, sind ebenfalls mit dem Herkunftskennzeichen Z gekennzeichnet.

[...]

Beispielhafte Materialien/Erzeugnisse/Typen:

Sind im Leistungsverzeichnis zu den in den einzelnen Unterleistungsgruppen angegebenen Positionen zusätzlich beispielhafte Materialien/Erzeugnisse/Typen angeführt, können, sofern vorgesehen – in der jeweiligen Bieterlücke gleichwertige Bauprodukte angeboten werden. Die Kriterien der Gleichwertigkeit sind bei den angegebenen Positionen beschrieben.

Auf Verlangen des Auftraggebers weist der Bieter die Erfüllung der Gleichwertigkeit vollständig nach.

Setzt der Bieter in die Bieterlücke keine Materialien/Erzeugnisse/Typen seiner Wahl ein, gelten die beispielhaft genannten Bauprodukte als angeboten.

[...]

0506A Z Qualitätsanforderungen:

Sind im Leistungsverzeichnis vom Ausschreiber Erzeugnisse beispielhaft angeführt, so weist der Bieter für angebotene gleichwertige Erzeugnisse auf Verlangen bei Angebotsprüfung die Qualitätsgleichwertigkeit durch Prüfzeugnisse einer akkreditierten Prüf- oder Überwachungsstelle nach, wenn der Ausschreiber die Gleichwertigkeit bezweifelt. Falls der Nachweis der Qualitätsgleichwertigkeit nicht erbracht wird, werden die im Leistungsverzeichnis vom Ausschreiber namentlich angeführten Erzeugnisse zum Angebotspreis verwendet.

[...]

1405 Z Jede Bezugnahme auf bestimmte technische Spezifikationen gilt grundsätzlich mit dem Zusatz, dass auch rechtlich zugelassene gleichwertige technische Spezifikationen vom Auftraggeber anerkannt werden, sofern die Gleichwertigkeit vom Auftragnehmer nachgewiesen wird.

[...]

41260 Z Erläuterung zum Erstellen der Angebote:

Bestimmte Fabrikate sind im vorliegenden Leistungsverzeichnis aus technischen Gründen, aus Gründen der

reibungslosen Wartungs- und Servicearbeiten bzw aus Gründen der Gleichwertigkeitsfeststellung beispielhaft genannt. Der Bieter ist nicht verpflichtet, das beispielhaft angeführte Fabrikat einzupreisen. Es muss jedoch die Bieterlücke der Fabrikatsangabe ausgefüllt werden. Bei bindend vorgeschriebenen Materialien ist das ausgeschriebene Fabrikat anzubieten. Fabrikate eigener Wahl sind unter Beigabe aller technischen Unterlagen und Dokumentationen anzubieten.

In den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses sind nicht nur Einheitspreise und Positionspreise (getrennt nach Anteil "Lohn" und "Sonstiges"), sondern auch Fabrikat und Type verbindlich einzusetzen. Wird dies unterlassen, gelten das beispielhaft angeführte Fabrikat und die Type als angeboten.

Aus Wartungs- und Instandhaltungsgründen wird zwingend vorgeschrieben, dass bei gleichen oder ähnlichen Lieferungen das einmal im Leistungsverzeichnis bzw angebotene Fabrikat beizubehalten ist. Weiters sind nur solche Erzeugnisse anzubieten, die einen ständigen Servicedienst gewährleisten.

[...]

800040 Z Fabrikatsvorschreibungen

Augrund von bereits in Verwendung stehenden Fabrikaten, werden, um eine rasche Ersatzteilbeschaffung im Störfall zu gewährleisten, verbindlich die Verwendung bzw der Einbau der Fabrikate nachstehend angeführter Firmen vorgeschrieben. [...]

Nockenschalter: Benedikt und Jäger, Kraus und Naimer

Leuchten: Zumtobel, Trilux

[...]

800045 Z Angebotene Fabrikate

In diese Bieterlücke dürfen nur Fabrikate aus der Fabrikatsvorschreibungsliste 00 800040Z eingetragen werden. [...]

Nockenschalter: [BL11]

Leuchten: [BL12]

[...]

Die oben angeführten Fabrikate sind bei der Ausführung verbindlich einzuhalten. Änderungen bedürfen der ausdrücklichen Genehmigung des Auftraggebers."

Nachstehend wurde im Leistungsverzeichnis eine Tabelle angeboten, offensichtlich um den Bietern die Möglichkeit zu geben, Bieterlücken auszufüllen (siehe Vorbemerkungen des Leistungsverzeichnisses).

Auf Seite 31 des Leistungsverzeichnisses (OG: 10, LG: 01) findet sich neuerlich die oben bereits angeführte Regelung über "Unklarheiten, Widersprüche".

Die Ausschreibung enthält in der Obergruppe 10, Leistungsgruppe 11 das Liefern und Montieren von Leuchten. Dabei fällt auf, dass die Positionstexte unterschiedlich gestaltet sind. Nachstehend werden beispielhafte und auszugsweise Positionstexte angeführt, wobei gleichzeitig das von der Mitbeteiligten angebotene Produkt dargestellt wird:

"0521C Z [...]

Wie Fabrikat: Zumtobel Type: ZEPM 1/18

Angebotenes Fabrikat: [BL 01]

BL01: Ridi SPN 1/18 EVG

[...]

0542E Z [...]

Wie Fabrikat: Zumtobel Type: SCUBA PC 1/36

Angebotenes Fabrikat: [BL 01]

BL01: Ridi SPNC 1/36 W EVG

[...]

2539 R Z [...]

Wie Fabrikat: Zumtobel Type: PANOS If 2/26

Angebotenes Fabrikat: [BL01]

BL01: Zumtobel PANOS If 2/26

[...]

6015E Z Möbeleinbauleuchte 1/21 W EVG

Wie Fabrikat: Lumilux oder gleichwertig

Angebotenes Fabrikat: [BL01]

BL01: Ridi Minileuchte 1/21 EVG

[...]

6015F Z Möbeleinbauleuchte 1/28 W EVG

Wie Fabrikat: Lumilux oder gleichwertig

Angebotenes Fabrikat: [BL01]

BL01: Ridi Minileuchte 1/21 EVG

[...]

6039A Z [...]

wie zB Fabr.: Zumtobel BEGA 5514 od. gleichwertig

gew. Fabr.: [BL01] Type:[BL02]

BL01: BEGA

BL02: 5514

6039C Z [...]

wie zB Fabr.: Zumtobel BEGA 2196 od. gleichwertig

gew. Fabr.: [BL01] Type:[BL02]

BL01: BEGA

BL02: 2196

[...]

6039I Z Limburg 3640

[...]

wie zB Fabr.: Limburg 3640 od. gleichwertig

gew. Fabr.: [BL01] Type:[BL02]

BL01: Limburg

BL 02: 3640

[...]

8085A Z [...]

Fabr.: Prolicht QUICKLY SMALL

[...]

8086A Z [...]

Fabrikat: Prolicht Type: Utha

oder Gleichwertig

gew. Fabr.: [BL01] Type:[BL02]

BL01: Prolicht

BL02: Utah".

Die von der Mitbeteiligten angebotenen Produkte sind, soweit sie von der Fabrikatsvorschreibungsliste abweichen, den in der Fabrikatsvorschreibungsliste angeführten gleichwertig. Eine Aufforderung, die Gleichwertigkeit nachzuweisen, erging an die Mitbeteiligte nicht (Aussage G*** am 16.5.2008).

Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf die Einsichtnahme in den Vergabeakt und die Ergebnisse der Verhandlung vom 16.5.2008. Dabei ist insbesondere auf die Aussage des Prüfers G*** zu verweisen, der angab, er habe auch bezüglich des Angebotes der Firma E*** befunden, dass die angebotenen Produkte grundsätzlich der Ausschreibung entsprechen. Sie hätten jedoch nicht den Fabrikatsvorschreibungen, die sich auf Seite 23 des Angebotes befinden, entsprochen. Aus diesem Grunde habe er die Auffassung vertreten, dass das Angebot auszuschneiden sei. Er habe, ohne die mitbeteiligte Partei konkret aufzufordern, Nachweise für die Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte zu erbringen, Erhebungen hinsichtlich der Gleichwertigkeit der von der Mitbeteiligten angebotenen Produkte angestellt. Diese Prüfung habe insgesamt die Gleichwertigkeit ergeben. Insbesondere führte er auch hinsichtlich der Lebensdauer dieser Produkte aus, dass sie nach der vorliegenden CE-Zertifizierung dieselbe sei. Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass der Antrag der Antragstellerin nicht darauf abzielt, dass diese angebotenen Produkte nicht gleichwertig seien, sondern darauf, dass sie der vorgegebenen Fabrikationsliste nicht entsprechen würden.

Dazu ist rechtlich auszuführen:

Im vorliegenden Fall richtet sich die Ausschreibung auf eine sogenannte nicht prioritäre Dienstleistung, Kategorie 27, Anhang IV BVergG 2006. Im vorliegenden Fall richtet sich die Ausschreibung auf eine sogenannte nicht prioritäre Dienstleistung, Kategorie 27, Anhang römisch vier BVergG 2006.

Gemäß § 6 BVergG 2006 sind Dienstleistungsaufträge entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder IV (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind. Gemäß Paragraph 6, BVergG 2006 sind Dienstleistungsaufträge entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge römisch drei (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder römisch vier (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind.

Gemäß § 4 BVergG 2006 sind Bauaufträge entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand erstens die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten, oder zweitens die Ausführung eines Bauwerkes, oder drittens die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß dem vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt, ist. Gemäß Paragraph 4, BVergG 2006 sind Bauaufträge entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand erstens die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang römisch eins genannten Tätigkeiten, oder zweitens die Ausführung eines Bauwerkes, oder drittens die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß dem vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt, ist.

Nach Anhang I zum BVergG 2006 sind Elektroinstallationen den Bauaufträgen zuzurechnen. Demnach weist die Ausschreibung schon aus diesem Grund einen gravierenden Fehler auf. Nach Anhang römisch eins zum BVergG 2006 sind Elektroinstallationen den Bauaufträgen zuzurechnen. Demnach weist die Ausschreibung schon aus diesem Grund einen gravierenden Fehler auf.

Zutreffend führen jedoch Antragstellerin und Mitbeteiligte aus, dass die Ausschreibung bestandsfest wurde, weil keine Anfechtung erfolgte. Nach § 141 Abs 5 BVergG 2006 gilt als gesondert anfechtbare Entscheidung jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers. Zwar enthält diese Bestimmung keine Frist, innerhalb derer diese

Anfechtung vorzunehmen ist, grundsätzlich gilt jedoch, dass diese jedenfalls vor Angebotseröffnung vorzunehmen ist. Daraus folgt, dass die Ausschreibung nicht nur hinsichtlich der "Vergabe einer nicht prioritären Dienstleistung" Bestand hat, sondern auch hinsichtlich aller übrigen Festlegungen. Zutreffend führen jedoch Antragstellerin und Mitbeteiligte aus, dass die Ausschreibung bestandsfest wurde, weil keine Anfechtung erfolgte. Nach Paragraph 141, Absatz 5, BVergG 2006 gilt als gesondert anfechtbare Entscheidung jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers. Zwar enthält diese Bestimmung keine Frist, innerhalb derer diese Anfechtung vorzunehmen ist, grundsätzlich gilt jedoch, dass diese jedenfalls vor Angebotseröffnung vorzunehmen ist. Daraus folgt, dass die Ausschreibung nicht nur hinsichtlich der "Vergabe einer nicht prioritären Dienstleistung" Bestand hat, sondern auch hinsichtlich aller übrigen Festlegungen.

Abgesehen von der Wahl des falschen Vergabeverfahrens enthält die vorliegende Ausschreibung zudem eine Fülle von Widersprüchen und Unklarheiten. An mehreren Stellen der Ausschreibung finden sich aber Regeln, wie bei Unklarheiten und Widersprüchen vorzugehen ist. Dazu wurde etwa in den Vorbemerkungen eindeutig festgelegt, dass der Folgetext einer Position dem Positionstext, dieser der Vertragsbestimmung der Unterleistungsgruppe, diese wiederum der Vertragsbestimmung der Leistungsgruppe und diese letztlich der Vertragsbestimmung der Leistungsbeschreibung vorgeht.

Die Fabrikatsvorschriften finden sich in den Vorbemerkungen dort wieder unter den Allgemeinen Bestimmungen. Gemäß dieser Vorschrift dürften ausschließlich Leuchten der Hersteller Zumtobel und Trilux angeboten werden. Die dahinter stehende Intention des Auftraggebers findet ihre sachliche Rechtfertigung darin, dass hiedurch Wartungs- und Servicearbeiten reibungslos erfolgen sollen (Position 41260 Z).

Die Position 800040 Z Fabrikatsvorschriften steht in krassem Widerspruch zu den in den Feststellungen angeführten Positionstexten, die wiederum unterschiedlich gestaltet sind. Dazu gibt es mehrere Varianten. Zunächst gibt es verschiedene Positionstexte, in denen angeführt ist "wie Fabrikat: Zumtobel", es gibt Positionstexte, in denen weder das Fabrikat "Zumtobel" noch das Fabrikat "Trilux" genannt ist, es gibt Positionstexte, in denen angeführt ist: "Fabrikat: Prolicht.....oder gleichwertig" und Positionstexte, in denen ein "Fabrikat Limburg", welches ebenfalls nicht der Fabrikatsvorschrift entspricht, angeführt ist.

Aus all dem ergibt sich, dass die Positionstexte nur so verstanden werden können, dass nicht nur die in den Fabrikatsvorschriften angeführten Produkte sondern jedenfalls auch gleichwertige Produkte angeboten werden können. Zulässigerweise wurden daher von der Mitbeteiligten andere Produkte, als sie in der Fabrikatsvorschrift enthalten sind, angeboten. Dies umso mehr, als sie den beispielhaft angeführten Fabrikaten gleichwertig sind. Das Erfordernis, den Nachweis der Gleichwertigkeit mit Abgabe des Angebotes zu erbringen, bestand nicht, da, wie sich den Feststellungen entnehmen lässt, die Gleichwertigkeit nur über Aufforderung nachzuweisen war, was nach den Angaben des Prüfers nicht erfolgte, da er entsprechende Recherchen vornahm und die Gleichwertigkeit selbstständig feststellte.

Zutreffend führt die Antragstellerin aus, dass sich die Antragsgegnerin auch hinsichtlich des Ausscheidens von Angeboten durch den Hinweis auf Seite XVI der Allgemeinen Vertragsbestimmungen selbst gebunden hat. Ein Ausscheidungsgrund liegt jedoch im Lichte der obigen Ausführungen nicht vor. Zutreffend führt die Antragstellerin aus, dass sich die Antragsgegnerin auch hinsichtlich des Ausscheidens von Angeboten durch den Hinweis auf Seite römisch sechzehn der Allgemeinen Vertragsbestimmungen selbst gebunden hat. Ein Ausscheidungsgrund liegt jedoch im Lichte der obigen Ausführungen nicht vor.

Zu den der Mitbeteiligten abgeforderten Bestätigungen vom 18.2.2008 bzw. 22.4.2008 ist Folgendes festzuhalten: Tatsächlich kommt diesen Schreiben, wie die Mitbeteiligte anführt, rechtlich keine Bedeutung zu bzw darf ihnen, wie unten auszuführen sein wird, seitens der Auftraggeberin keine Bedeutung zugemessen werden.

Gemäß der bestandsfesten Ausschreibung hätte die in diesem Schreiben abgegebene Erklärung mit Abgabe des Angebotes abgegeben werden müssen, wobei sie dann die Wirkung erzielt hätte, dass im Falle der Feststellung, dass die angebotenen Produkte nicht gleichwertig gewesen wären, die in der Ausschreibung angeführten Produkte zu den selben Preisen als angeboten gegolten hätten.

Aus dem Umstand, dass die Mitbeteiligte eine derartige Erklärung mit Abgabe des Angebotes nicht vorlegte, folgt, dass, wäre nach Aufforderung der Nachweis der Gleichwertigkeit nicht erbracht worden, das Angebot der Mitbeteiligten auszuschneiden gewesen wäre.

Richtig führt dazu die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 15.5.2008 aus, dass sich durch die nachträgliche "Zulassung des Schreibens vom 29.2.2008" (dies gilt auch für das Schreiben vom 22.4.2008) eine materielle Besserstellung der Mitbeteiligten ergeben hätte, da die Mitbeteiligte nach Ablauf der Angebotsfrist darüber hätte entscheiden können, ob sie ihrem Angebot einen im Sinne des Schreibens verbindlichen Inhalt beilegen wolle oder nicht.

Im Ergebnis darf also diesen beiden Schreiben in vergaberechtlicher Hinsicht keine Bedeutung zugemessen werden. Zusammenfassend wurden seitens der Mitbeteiligten zulässigerweise gleichwertige Produkte angeboten und darf der Zuschlag ausschließlich auf diese gleichwertigen Produkte, nicht jedoch auf die beispielhaft angeführten Produkte erfolgen. Die Zuschlagserteilung auf die beispielhaft angeführten Produkte würde jedenfalls den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung der Bieter, der Transparenz sowie des Diskriminierungsverbotes gröblich widersprechen.

Sollte jedoch die Antragsgegnerin entgegen ihrer Ausschreibung tatsächlich ausschließlich Erzeugnisse der Firmen Zumtobel und Trilux verwenden wollen - worauf die Ausschreibung aber nicht gerichtet ist - wäre dies allenfalls im Wege eines Widerrufs der Ausschreibung, dessen Zulässigkeit hier nicht zu beurteilen ist, möglich.

Abschließend ist anzuführen, dass die Behauptung, der Mitbeteiligten fehle das rechtliche Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren, da ihr am 15.4.2008 die Entscheidung auf Ausscheidung bekanntgegeben worden sei, sie diese nicht bekämpft habe, wodurch sie bestandsfest geworden sei, nicht gefolgt werden kann.

Grundsätzlich endet ein Vergabeverfahren durch Zuschlag oder Widerruf. § 141 Abs 5 BVergG 2006 enthält keine Fristen für die Anfechtung gesondert anfechtbarer Entscheidungen. Es ist daher davon auszugehen – wie auch die Antragstellerin annimmt – dass es sich um eine 14-tägige Frist im Sinne des § 22 Abs 1 Z 7 S.VKG handelt. Die Zustellung der Ausscheidungsentscheidung erfolgte am 15.4.2008. Bereits am 24.4.2008, also neun Tage später, wurde der Mitbeteiligten und allen übrigen Bietern bekanntgegeben, dass beabsichtigt sei, der Mitbeteiligten den Zuschlag zu erteilen. Die Antragsgegnerin ging zulässiger Weise und im Ergebnis richtig (wenn auch mit falscher Begründung) innerhalb der 14-tägigen Frist von ihrer ursprünglichen Entscheidung ab und beseitigte eine bestehende Rechtswidrigkeit. Folglich entfiel für die mitbeteiligte Partei die Beschwerde, was eine Anfechtung der ursprünglich bekannt gegebenen Ausscheidungsentscheidung obsolet machte. Grundsätzlich endet ein Vergabeverfahren durch Zuschlag oder Widerruf. Paragraph 141, Absatz 5, BVergG 2006 enthält keine Fristen für die Anfechtung gesondert anfechtbarer Entscheidungen. Es ist daher davon auszugehen – wie auch die Antragstellerin annimmt – dass es sich um eine 14-tägige Frist im Sinne des Paragraph 22, Absatz eins, Ziffer 7, S.VKG handelt. Die Zustellung der Ausscheidungsentscheidung erfolgte am 15.4.2008. Bereits am 24.4.2008, also neun Tage später, wurde der Mitbeteiligten und allen übrigen Bietern bekanntgegeben, dass beabsichtigt sei, der Mitbeteiligten den Zuschlag zu erteilen. Die Antragsgegnerin ging zulässiger Weise und im Ergebnis richtig (wenn auch mit falscher Begründung) innerhalb der 14-tägigen Frist von ihrer ursprünglichen Entscheidung ab und beseitigte eine bestehende Rechtswidrigkeit. Folglich entfiel für die mitbeteiligte Partei die Beschwerde, was eine Anfechtung der ursprünglich bekannt gegebenen Ausscheidungsentscheidung obsolet machte.

Ein rechtliches Interesse der mitbeteiligten Partei am Vergabeverfahren ist also gegeben.

Aus all dem ergibt sich, dass die Antragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten nicht verletzt wurde und der Antrag abzuweisen war (§ 26 SVKG). Aus all dem ergibt sich, dass die Antragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten nicht verletzt wurde und der Antrag abzuweisen war (Paragraph 26, SVKG).

Schlagworte

Nicht prioritäre Dienstleistung, Gleichwertigkeit von Produkten

Zuletzt aktualisiert am

22.07.2010

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