

TE Verg Bescheid 2008/3/25 N/0020-BVA/13/2008-42

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.03.2008

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 Mag. Thomas Gruber sowie Dr. Eleonore Dietersdorfer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „Beschaffung von Audioguides samt Zubehör für das Schloss Schönbrunn“ des Auftraggebers Schloss Schönbrunn Kultur- und BetriebsgesmbH, Schönbrunner Schloßstraße 47, 1130 Wien, vertreten durch X***, aufgrund der Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 18. Februar 2008, wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Der Antrag des Bundesvergabeamts möge "die mit Telefax vom 4. Februar 2008 bekannt gemachte Entscheidung der Schloss Schönbrunn Kultur- und BetriebsgesmbH dem Angebot der B*** den Zuschlag zu erteilen, für nichtig zu erklären" wird gemäß § 320 BVergG 2006 zurückgewiesen. Der Antrag des Bundesvergabeamts möge "die mit Telefax vom 4. Februar 2008 bekannt gemachte Entscheidung der Schloss Schönbrunn Kultur- und BetriebsgesmbH dem Angebot der B*** den Zuschlag zu erteilen, für nichtig zu erklären" wird gemäß Paragraph 320, BVergG 2006 zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag des Bundesvergabeamts möge "der Schloss Schönbrunn Kultur- und BetriebsgesmbH den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 auferlegen" wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag des Bundesvergabeamts möge "der Schloss Schönbrunn Kultur- und BetriebsgesmbH den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, auferlegen" wird gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 abgewiesen.

Begründung

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 18. Februar 2008, beim BVA eingelangt am 19. Februar 2008, begehrte die Antragstellerin folgendes:

„Das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

1. 1.Ziffer eins

"die mit Telefax vom 4. Februar 2008 bekannt gemachte Entscheidung der Schloss Schönbrunn Kultur- und BetriebsgesmbH dem Angebot der B*** den Zuschlag zu erteilen, für nichtig zu erklären,

2. 2.Ziffer 2

der Schloss Schönbrunn Kultur- und BetriebsgesmbH den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 auferlegen."der Schloss Schönbrunn Kultur- und BetriebsgesmbH den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, auferlegen."

Weiters wurde mit gleichem Schriftsatz der Antrag auf Erlassung nachstehender einstweiliger Verfügung gestellt: "Der Auftraggeberin wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, den Zuschlag zu erteilen sowie den Antrag, der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag entsprechend § 319 BVergG zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu bezahlen."Weiters wurde mit gleichem Schriftsatz der Antrag auf Erlassung nachstehender einstweiliger Verfügung gestellt: "Der Auftraggeberin wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, den Zuschlag zu erteilen sowie den Antrag, der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag entsprechend Paragraph 319, BVergG zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu bezahlen."

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin fristgerecht ein Angebot gelegt habe. Sie erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens ua gemäß § 19 Abs. 1 BVergG verletzt. Dies insbesondere dadurch, dass ihr Angebot rechtswidriger Weise an dritter Stelle gereiht worden sei. Die Auftraggeberin hätte gegen die §§ 123 iZm 129 BVergG verstoßen. Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hätte die Auftraggeberin auf Grund des Ergebnisses der Prüfung die Angebote der beiden erstgereihten Bieter ausscheiden müssen. Es seien dies Angebote von Bietern, deren technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei, sowie Angebote, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (spekulative Preisgestaltung) aufweisen würden sowie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote. Im Fall der Zuschlagserteilung würde die Antragstellerin die Chance auf Auftragserteilung zur Durchführung der ausgeschiedenen (sic!) Leistung verlieren. Sie wäre damit in ihre Rechte verletzt, als Bestbieter den Zuschlag zu erhalten. Aus diesem Grund habe sie keine andere Möglichkeit, als den gegenständlichen Antrag zu stellen, um im Falle ihres Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Auftrag zu erhalten. Im Falle der Zuschlagserteilung an einen Dritten entstünde ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns, das seien jährlich mindestens € 400.000 sowie ein Schaden für die Erstellung des Angebotes von € 90.000 und der Verlust eines Referenzprojektes.Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin fristgerecht ein Angebot gelegt habe. Sie erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens ua gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt. Dies insbesondere dadurch, dass ihr Angebot rechtswidriger Weise an dritter Stelle gereiht worden sei. Die Auftraggeberin hätte gegen die Paragraphen 123, iZm 129 BVergG verstoßen. Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hätte die Auftraggeberin auf Grund des Ergebnisses der Prüfung die Angebote der beiden erstgereihten Bieter ausscheiden müssen. Es seien dies Angebote von Bietern, deren technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei, sowie Angebote, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (spekulative Preisgestaltung) aufweisen würden sowie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote. Im Fall der Zuschlagserteilung würde die Antragstellerin die Chance auf Auftragserteilung zur Durchführung der ausgeschiedenen (sic!) Leistung verlieren. Sie wäre damit in ihre Rechte verletzt, als Bestbieter den Zuschlag zu erhalten. Aus diesem Grund habe sie keine andere Möglichkeit, als den gegenständlichen Antrag zu stellen, um im Falle ihres Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Auftrag zu erhalten. Im Falle der Zuschlagserteilung an einen Dritten entstünde ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns, das seien jährlich mindestens € 400.000 sowie ein Schaden für die Erstellung des Angebotes von € 90.000 und der Verlust eines Referenzprojektes.

Die Auftraggeberin hat dazu mit Schreiben vom 21. Februar 2008 in Wesentlichen vorgebracht, dass die Vergabe eines Lieferauftrages betreffend die Beschaffung von Audioguides samt Zubehör für das Schloss Schönbrunn

auftragsgegenständlich sei. Es handle sich dabei um eine Variantenausschreibung mit zwei Optionen. Als Variante 1 sei der Kauf von 900 Stück Audioguides (inklusive Service und Wartung), als Variante 2 die Vermietung von 900 Stück Audioguides (inklusive Service und Wartung) vorgesehen gewesen. Für jede der zwei Varianten bestehe eine Option auf Erhöhung der Stückzahl der Audioguides um 500 Stück (Option 1). Weiters habe sich die Auftraggeberin für jede der zwei Varianten vorbehalten, 25 h Tour-Group-Systeme mit jeweils 40 Kopfhörern zu beschaffen (Option 2). Die Vergabe erfolge in einem offenen Verfahren nach vorheriger gemeinschaftsweiter Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip. Ausschlaggebend seien die Kriterien "Preis" mit einer Gewichtung von 75% und "Qualität" mit einer Gewichtung von 25%, wobei die Qualitätssubkriterien "Funktionalität" mit 20% und "Design" mit 5% gewichtet seien. Nach Durchführung einer Angebotsöffnung seien fünf Angebote ausgeschieden worden und die Bewertungskommission habe sich für die Variante 1 (Kauf) entschieden. Mit Telefax vom 4. Februar 2008 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung übermittelt worden. Ihr sei bekannt gegeben worden, dass von den im Verfahren verbliebenen Angeboten das Angebot der Bieterin B*** mit 875 Punkten als Bestbieter in Aussicht genommen worden sei und das Angebot der Antragstellerin mit einer Gesamtpunkteanzahl von 661 Punkten dritt- und somit letztgereiht sei. Das Vorbringen der Antragstellerin erschöpfe sich in einer bloßen Aufzählung von behaupteten Rechtswidrigkeiten, ohne dass dafür auch nur ansatzweise eine Begründung geliefert werde bzw die vermeintlichen Rechtswidrigkeiten durch Beweise untermauert würden. Das Vorbringen der Antragstellerin sei daher nicht nachvollziehbar; ein derart unsubstanziertes Nachprüfungsantrag sei jedenfalls unzulässig. Die Pauschalgebühr sei von der Antragstellerin falsch berechnet worden. Zum Antrag auf einstweilige Verfügung wurde angegeben, dass es derzeit keine zwingenden öffentlichen Interessen gebe, die eine sofortige Fortsetzung des Vergabeverfahrens zwingend erforderlich machen würden.

Mit Schreiben vom 22. Februar 2008 brachte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin B*** im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag lediglich dargetan hätte, dass die Auftraggeberin das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sowie jenes des zweitgereihten Bieters ausscheiden hätte müssen, da es sich dabei um Angebote von Bieterinnen handeln würde, deren technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei, sowie dies Angebote seien, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würden und daher den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen würden. Die Antragstellerin hätte diese Behauptungen ohne weitergehende Begründung und Bescheinigung aufgestellt, so dass ihre Behauptungen völlig unnachvollziehbar, un schlüssig und unsubstanziert seien. Diese Behauptungen der Antragstellerin würden jeder Grundlage entbehren. Vielmehr sei die technische Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin einwandfrei gegeben und ihre Preisgestaltung betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar. Indem die Antragstellerin lediglich blanke und unsubstanzierte Behauptungen über angebliche Rechtswidrigkeiten aufgestellt habe ohne dies entsprechend zu begründen, habe die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag sowie auch den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht gesetzmäßig ausgeführt. Demnach mangle es an den inhaltlichen Voraussetzungen des von der Antragstellerin eingebrachten Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, weshalb dieser Antrag zurückzuweisen sei. Weiters fehle es dem Nachprüfungsantrag an jeglichen Erfolgsaussichten. Der Nachprüfungsantrag diene lediglich der Verzögerung des Vergabeverfahrens, weshalb jegliches Rechtsschutzinteresse fehle. Durch die einstweilige Verfügung würde das wirtschaftliche Interesse der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin maßgeblich beeinträchtigt werden. Personelle Kapazitäten wären dahingehend gebunden, dass Mitarbeiter, die an sich bereits für die Durchführung des Auftrages eingesetzt werden könnten, auf Warteposition gesetzt werden müssten. Es entstünde ein erheblicher Schaden in Höhe von mehreren 100.000 €. Dieses Vergabeverfahren könne auch nicht als laufendes Referenzprojekt in anderen Auftragsvergaben angeführt werden, was ebenfalls einen großen Schaden darstelle. Es werde daher beantragt, den Antrag auf einstweilige Verfügung zurück- bzw abzuweisen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 25.2.2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung unzulässig sei, weil ihm eine nähere Begründung fehle.

Mit Bescheid des BVA vom 25.2.2008, GZ N/0020-BVA/13/2008-12, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 1. April 2008, untersagt.

Mit Schreiben der in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin vom 4.3.2008 erhob diese begründete Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung und beantragte, "das Bundesvergabeamt möge den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der A*** als unzulässig zurückweisen, in eventu als

unbegründet abweisen."

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 6. März 2008 ergänzte diese im Wesentlichen ihr Vorbringen betreffend die technische Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sowie betreffend die Angemessenheit der Preise des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und regte an, einen Sachverständigen für die Angemessenheitsprüfung zu bestellen.

Bei der am 10. März 2008 durchgeführten mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin folgendes angegeben: "Die Servicearbeiten werden zum überwiegenden Großteil von uns selbst durchgeführt, lediglich wenn es sich um besonders diffizile Schäden handelt, dann werden die Geräte zum Hersteller gesandt der, wenn es sich nicht um einen Totschaden handelt, die Geräte von anderen Firmen reparieren lässt."

Nachdem der Senatsvorsitzende die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung informierte, dass sie möglicherweise auszuscheiden gewesen wären, weil sie entgegen den Ausschreibungsbedingungen möglicherweise einen Subunternehmer, nämlich den Hersteller bzw. die von ihnen oben genannten anderen Firmen denen der Hersteller die Geräte zur Reparatur übergibt, zur Durchführung von Leistungen heranziehen, gab die Antragstellerin folgendes an: "...Die Service- und Wartungsarbeiten [werden] von der Fa. A*** durchgeführt. Lediglich im Falle dass es zu einem Schaden an der Platine kommt, wird diese Platine an den Hersteller eingeschickt und im Falle eines Totschadens des Prozessors im Rahmen der Gewährleistung ausgetauscht. Es handelt sich ausdrücklich nicht um einen Subunternehmer wie in Pkt. 4.5. der Ausschreibung angeführt. Wir haben keinen Subunternehmer in unserem Angebot benannt."

Die Auftraggeberin gab dazu in der mündlichen Verhandlung an: "Richtig ist, dass dem Angebot der A*** kein Subunternehmer zu entnehmen war. Wir sind daher gemäß Pkt. 4.5. der Ausschreibung davon ausgegangen, dass A*** ihre Leistungen zu 100% selbst erbringt. Von diesen Leistungen müssen selbstverständlich auch alle Servicesierungs- und Wartungsarbeiten mit umfasst sein. Aus den Angaben der A*** in der heutigen mündlichen Verhandlung schließen wir, dass sie zumindest die „diffizilen Schäden“ nicht selbst beheben kann. Wir gehen daher davon aus, dass die A*** in diesem Punkt nicht ausschreibungskonform angeboten hat."

Die Antragstellerin hat weiters in der mündlichen Verhandlung angegeben, "dass der Prozessor des Audioguides von [ihrer] Firma nicht selbst repariert werden kann sondern in dem seltenen Fall, dass dieser defekt ist, wird die Platine des Audioguides an die Herstellerfirma des Audioguides gesandt und diese schickt die defekte Platine dann zum Austausch der Platine an die Herstellerfirma der Platine weiter. Bemerkt wird, dass B*** in gleicher Art und Weise verfahren wird."

Die Antragstellerin hat weiters in der mündlichen Verhandlung angegeben, "dass aufgrund der Aussagen der Fa. B*** hinsichtlich des strittigen Punktes 4.5. der Ausschreibung, dass die Fa. B*** ebenfalls schadhafte Platinen und Prozessoren an die jeweiligen Hersteller übermittelt und nichts anderes wird von der Firma A*** in einem derartigen Fall gemacht. Wenn nun die Auftraggeber in der heutigen Verhandlung verneint, dass die Fa. A*** ausschreibungswidrig keine Subunternehmer benannt habe so gilt dies 1:1 auch für die Fa. B*** und die Fa. C*** und dürften sohin alle 3 verbliebenen Unternehmen nicht den Zuschlag erhalten."

Die Antragstellerin hat weiters in der mündlichen Verhandlung angegeben, "dass bei den Tourgroupssystemen (Gruppenführungssysteme) für die Fa. A*** gleiches gilt wie oben gesagt zu den Audioguides, was die Reparatur von Prozessoren betrifft, die an die Herstellerfirma gesandt werden, welche diese wiederum weitersendet an die Herstellerfirma des Prozessors zur Reparatur oder zum Austausch. Die Fa. A*** tut dies aus Kulanz gegenüber dem Auftraggeber, weil solche Geräte sonst als Totschäden anzusehen wären und damit zugunsten des Auftraggebers Mängel die wir selber nicht beheben können durch die entsprechenden Hersteller repariert werden. Exakt dasselbe tut Soundgarden insbesondere bei den Gruppenführungssystemen weil sie diese nicht selbst erzeugen können."

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 11. März 2008 äußerte sich diese im Wesentlichen zu den Zuschlagskriterien, zur Bewertung der Angebote durch die Auftraggeberin und zu Mängeln der Ausschreibung.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 24. März 2008 legte diese dar, warum aus ihrer Sicht die Erstellung eines Gutachtens, mit dem die Plausibilität der Kosten geprüft werden solle, zwingend notwendig sei.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

Sachverhalt

Die Schloss Schönbrunn Kultur- und BetriebsgesmbH hat zur Beschaffung von Audioguides samt Zubehör für das Schloss Schönbrunn einen Lieferauftrag im Oberschwellerbereich im Wege eines offenen Verfahrens ausgeschrieben.

In den Ausschreibungsunterlagen ist unter Punkt "3.4.3.Service- und Wartungsvertrag" unter anderem folgendes geregelter:

"Anzubieten ist ein auf 6 (sechs) Jahre laufender All-inklusive-Service- und Wartungspauschalvertrag, für den vom Bieter ein monatliches Entgelt anzugeben ist. Der Auftragnehmer hat folgende Leistungen zu übernehmen:

* Der Auftragnehmer ist für die Dauer von 6 (sechs) Jahren ab Lieferung der Audioguides verpflichtet, sämtliche notwendigen Service- und Wartungsarbeiten (inklusive Austausch der Akkus) durchzuführen; dies schließt die komplette Instandhaltung und Wartung aller Geräte mit Ausnahme von physischen Totschäden bzw Diebstahl von Geräten ein. Unter einem Totschaden werden in diesem Zusammenhang sämtliche Defekte, Mängel oder

Fehlfunktionen aller Art verstanden, die mit wirtschaftlich angemessenen Mitteln nicht behoben werden können."

In den Ausschreibungsunterlagen ist unter Punkt "4.5 Subunternehmer" folgendes geregelter:

"Die Weitergabe des Gesamtauftrags an Subunternehmer ist unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistungen an Subunternehmer ist grundsätzlich nur bis zu jenem Ausmaß zulässig, auf das sich der Bieter im Angebot festgelegt. Die Weitergabe von Teilen der Leistungen an Subunternehmer ist weiters nur dann zulässig, soweit der jeweilige Unternehmer über die für die Ausführung des entsprechenden Teils der Leistung erforderliche Befugnis, technische Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit gemäß den §§ 69 ff BVergG 2006 verfügt. Der Bieter hat all jene Unternehmen, an die er Leistungsteile weitergeben will, in seinem Angebot zu benennen; ein Austausch dieser Subunternehmer ist nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Auftraggebers zulässig. Wird eine Angabe von Subunternehmern unterlassen, so setzt der Auftraggeber eine 100%ige Ausführung als Eigenleistung des Auftragnehmers voraus." "Die Weitergabe des Gesamtauftrags an Subunternehmer ist unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistungen an Subunternehmer ist grundsätzlich nur bis zu jenem Ausmaß zulässig, auf das sich der Bieter im Angebot festgelegt. Die Weitergabe von Teilen der Leistungen an Subunternehmer ist weiters nur dann zulässig, soweit der jeweilige Unternehmer über die für die Ausführung des entsprechenden Teils der Leistung erforderliche Befugnis, technische Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit gemäß den Paragraphen 69, ff BVergG 2006 verfügt. Der Bieter hat all jene Unternehmen, an die er Leistungsteile weitergeben will, in seinem Angebot zu benennen; ein Austausch dieser Subunternehmer ist nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Auftraggebers zulässig. Wird eine Angabe von Subunternehmern unterlassen, so setzt der Auftraggeber eine 100%ige Ausführung als Eigenleistung des Auftragnehmers voraus."

Die Antragstellerin hat ein Angebot ua für Variante 1 (Kauf) samt Wartung und Optionen 1 und 2 gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 4. Februar 2008 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** getroffen und beabsichtigt, der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin den Auftrag für Variante 1 (Kauf) samt Wartung und Optionen 1 und 2 zu erteilen. Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 18. Februar 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 19. Februar 2008, einen Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 4. Februar 2008 sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Zulässigkeit des Antrages auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung:

In der bestandfest gewordenen Ausschreibung wurde unter Punkt "4.5 Subunternehmer" festgelegt, dass der Bieter all jene Unternehmen, an die er Leistungsteile weitergeben will, in seinem Angebot zu benennen hat. Die Weitergabe von Teilen der Leistungen an Subunternehmer ist grundsätzlich nur bis zu jenem Ausmaß zulässig, auf das sich der Bieter im Angebot festgelegt hat. Wird eine Angabe von Subunternehmern unterlassen, so setzt der Auftraggeber eine 100%ige Ausführung als Eigenleistung des Auftragnehmers voraus.

Bei der am 10. März 2008 durchgeführten mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin folgendes angegeben: "Die Servicearbeiten werden zum überwiegenden Großteil von uns selbst durchgeführt, lediglich wenn es sich um besonders diffizile Schäden handelt, dann werden die Geräte zum Hersteller gesandt der, wenn es sich nicht um einen Totschaden handelt, die Geräte von anderen Firmen reparieren lässt."

Nachdem der Senatsvorsitzende die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung informierte, dass sie möglicherweise auszuscheiden gewesen wären, weil sie entgegen den Ausschreibungsbedingungen möglicherweise

einen Subunternehmer, nämlich den Hersteller bzw. die von ihnen oben genannten anderen Firmen denen der Hersteller die Geräte zur Reparatur übergibt, zur Durchführung von Leistungen heranziehen, gab die Antragstellerin folgendes an: "...Die Service- und Wartungsarbeiten [werden] von der Fa. A*** durchgeführt. Lediglich im Falle dass es zu einem Schaden an der Platine kommt, wird diese Platine an den Hersteller eingeschickt und im Falle eines Totalschadens des Prozessors im Rahmen der Gewährleistung ausgetauscht. Es handelt sich ausdrücklich nicht um einen Subunternehmer wie in Pkt. 4.5. der Ausschreibung angeführt. Wir haben keinen Subunternehmer in unserem Angebot benannt."

Die Antragstellerin hat weiters in der mündlichen Verhandlung angegeben, "dass der Prozessor des Audioguides von [ihrer] Firma nicht selbst repariert werden kann sondern in dem seltenen Fall, dass dieser defekt ist, wird die Platine des Audioguides an die Herstellerfirma des Audioguides gesandt und diese schickt die defekte Platine dann zum Austausch der Platine an die Herstellerfirma der Platine weiter. Bemerkt wird, dass B*** in gleicher Art und Weise verfahren wird."

Die Antragstellerin hat auch in der mündlichen Verhandlung angegeben, "dass aufgrund der Aussagen der Fa. B*** hinsichtlich des strittigen Punktes 4.5. der Ausschreibung, dass die Fa. B*** ebenfalls schadhafte Platinen und Prozessoren an die jeweiligen Hersteller übermittelt und nichts anderes wird von der Firma A*** in einem derartigen Fall gemacht. Wenn nun die Auftraggeber in der heutigen Verhandlung vermeint, dass die Fa. A*** ausschreibungswidrig keine Subunternehmer benannt habe so gilt dies 1:1 auch für die Fa. B*** und die Fa. C*** und dürften sohin alle 3 verbliebenen Unternehmen nicht den Zuschlag erhalten."

Die Antragstellerin hat weiters in der mündlichen Verhandlung angegeben, "dass bei den Tourgroupssystemen (Gruppenführungssysteme) für die Fa. A*** gleiches gilt wie oben gesagt zu den Audioguides, was die Reparatur von Prozessoren betrifft, die an die Herstellerfirma gesandt werden, welche diese wiederum weitersendet an die Herstellerfirma des Prozessors zur Reparatur oder zum Austausch. Die Fa. A*** tut dies aus Kulanz gegenüber dem Auftraggeber, weil solche Geräte sonst als Totalschäden anzusehen wären und damit zugunsten des Auftraggebers Mängel die wir selber nicht beheben können durch die entsprechenden Hersteller repariert werden. Exakt dasselbe tut Soundgarden insbesondere bei den Gruppenführungssystemen weil sie diese nicht selbst erzeugen können."

Die Auftraggeberin gab dazu in der mündlichen Verhandlung an: "Richtig ist, dass dem Angebot der A*** kein Subunternehmer zu entnehmen war. Wir sind daher gemäß Pkt. 4.5. der Ausschreibung davon ausgegangen, dass A*** ihre Leistungen zu 100% selbst erbringt. Von diesen Leistungen müssen selbstverständlich auch alle Servicesierungs- und Wartungsarbeiten mit umfasst sein. Aus den Angaben der A*** in der heutigen mündlichen Verhandlung schließen wir, dass sie zumindest die „diffizilen Schäden“ nicht selbst beheben kann. Wir gehen daher davon aus, dass die A*** in diesem Punkt nicht ausschreibungskonform angeboten hat."

Den Ausführungen der Auftraggeberin ist zu folgen. Die Antragstellerin hat keinen Subunternehmer in ihrem Angebot benannt. Aus den Aussagen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung ist zu schließen, dass sie Teile der anzubietenden Leistung - nämlich die Behebung von „diffizilen Schäden“ an den Audioguides sowie den Gruppenführungssystemen - nicht selbst durchführen kann, sondern die mangelhaften Geräte zum Hersteller senden muss der, wenn es sich nicht um einen Totalschaden handelt, die Geräte entweder selbst repariert oder von anderen Firmen reparieren lässt. Somit wird die Reparatur zur Behebung von „diffizilen Schäden“ nicht von der Antragstellerin selbst, sondern von Subunternehmern durchgeführt. In der bestandfest gewordenen Ausschreibung wurde jedoch unter Punkt "4.5 Subunternehmer" festgelegt, dass der Bieter all jene Unternehmen, an die er Leistungsteile weitergeben will, in seinem Angebot zu benennen hat. Die Weitergabe von Teilen der Leistungen an Subunternehmer ist gemäß diesem Punkt der Ausschreibung grundsätzlich nur bis zu jenem Ausmaß zulässig, auf das sich der Bieter im Angebot festgelegt hat.

Weil die Antragstellerin in ihrem Angebot die Benennung des bzw der Subunternehmer die sie zur Behebung "diffiziler Schäden" an den Audioguides sowie den Gruppenführungssystemen benötigt entgegen Punkt 4.5 der Ausschreibung unterlassen hat, handelt es sich bei dem Angebot der Antragstellerin um ein unvollständiges Angebot.

§ 129 Abs 1 BVergG 2006 lautet auszugsweise: Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

(1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

Der VwGH führte in einem vergleichbaren Fall aus:

"War nach dem oben Gesagten die beschwerdeführende Partei (als Bieterin) verpflichtet, (bereits) im Angebot anzugeben, welche Teile des Auftrages möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben werden und ist die beschwerdeführende Partei dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, so hatte die diesbezügliche Unvollständigkeit des Angebotes schon aus diesem Grund zu dessen Ausscheiden im Grunde des § 52 Abs. 1 Z. 8 Bundesvergabegesetz 1997 zu führen. Bei diesem Mangel des Angebotes handelt es sich - anders als die beschwerdeführende Partei meint - auch nicht um einen behebbaren. Ist - wie bereits ausgeführt wurde - der Auftraggeber verpflichtet, die Eignung eines konkreten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil zu überprüfen, so muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung bereits namentlich feststehen." (VwGH 29.5.2002, 2002/04/0023)"

"War nach dem oben Gesagten die beschwerdeführende Partei (als Bieterin) verpflichtet, (bereits) im Angebot anzugeben, welche Teile des Auftrages möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben werden und ist die beschwerdeführende Partei dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, so hatte die diesbezügliche Unvollständigkeit des Angebotes schon aus diesem Grund zu dessen Ausscheiden im Grunde des Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, Bundesvergabegesetz 1997 zu führen. Bei diesem Mangel des Angebotes handelt es sich - anders als die beschwerdeführende Partei meint - auch nicht um einen behebbaren. Ist - wie bereits ausgeführt wurde - der Auftraggeber verpflichtet, die Eignung eines konkreten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil zu überprüfen, so muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung bereits namentlich feststehen." (VwGH 29.5.2002, 2002/04/0023)

Da es sich bei dem Angebot der Antragstellerin somit um ein unvollständiges Angebot handelt, wobei es sich dabei wie den oben zitierten Ausführungen des VwGH entnommen werden kann um einen unbehebbarer Mangel handelt, wäre das Angebot der Antragstellerin gem § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Die Antragstellerin ist darauf auch in der mündlichen Verhandlung hingewiesen worden und hatte im Sinne der Judikatur des EuGH vom 19.6.2003, Rs C-249/01, Hackermüller, die Möglichkeit, die Stichhaltigkeit dieses Ausschlussgrundes anzuzweifeln. Da es sich bei dem Angebot der Antragstellerin somit um ein unvollständiges Angebot handelt, wobei es sich dabei wie den oben zitierten Ausführungen des VwGH entnommen werden kann um einen unbehebbarer Mangel handelt, wäre das Angebot der Antragstellerin gem Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Die Antragstellerin ist darauf auch in der mündlichen Verhandlung hingewiesen worden und hatte im Sinne der Judikatur des EuGH vom 19.6.2003, Rs C-249/01, Hackermüller, die Möglichkeit, die Stichhaltigkeit dieses Ausschlussgrundes anzuzweifeln.

Es ist ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden 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 (zuletzt VwGH 26.7.2007, 2003/04/0074). Der Nachprüfungsantrag war daher schon aus diesem Grund zurückzuweisen.

Aufgrund dieses Ergebnisses des Nachprüfungsverfahrens kommt dem BVA auch keine Zuständigkeit zur Prüfung, ob nicht auch noch andere Bieter auszuschneiden gewesen wären bzw sind, (mehr) zu. Für diese Prüfung ist die Auftraggeberin zuständig.

Zu Spruchpunkt II. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lauten Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lauten:

(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. (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.

Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde und damit die Antragstellerin nicht obsiegt hat, besteht gem § 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 kein Anspruch auf Ersatz der gemäß § 318 BVergG 2006 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde und damit die Antragstellerin nicht obsiegt hat, besteht gem Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 kein Anspruch auf Ersatz der gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Zuletzt aktualisiert am

08.07.2008

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