

TE Verg Bescheid 2008/3/19 N/0018-BVA/12/2008-18

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.03.2008

Norm

BVergG 2006 §269 Abs1 Z5

BVergG 2006 §321 Abs2

1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "P-003770 VIE Skylink, Erweiterung Terminal Nord-Ost, Angebot AP-057-Möbel 1" des Auftraggebers Flughafen Wien AG, Postfach 1, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag der B***, vom 11. Februar 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag, "auf Einleitung und Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zwecks Nichtigerklärung der Entscheidung des Antragsgegners, unser Angebot aus dem gegenständlichen Verfahren auszuschließen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 269 Abs 1 Z 5 und 321 Abs 2 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 269, Absatz eins, Ziffer 5 und 321 Absatz 2, BVergG 2006

Begründung

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 11. Februar 2008, eingelangt am 12. Februar 2008, das im Spruch ersichtliche Begehren; weiters wurde gemäß § 316 Abs 3 BVergG "ausdrücklich" die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt. Die Antragstellerin habe im Dezember 2007 einen Ordner mit ausgedruckten Ausschreibungsunterlagen und 1 CD-

Rom erhalten. Bei den ausgedruckten Unterlagen habe jedoch der Teil B - Besondere Vergabebestimmungen für den Einzelfall gefehlt. Dieser Teil der Ausschreibungsunterlagen sei lediglich auf der mitgeschickten CD vorhanden gewesen. Dies sei deshalb von Bedeutung, weil im Teil B jener Passus enthalten sei, der der eigentliche Grund für diesen Antrag ist. Im Teil B werde vom Auftraggeber vorgeschrieben, dass ein Vadium in Höhe von Euro 50.000,- zu erlegen sei und das Fehlen dieses Vadiums bzw. des entsprechenden Nachweises als unbehebbarer Mangel qualifiziert werde. Aufgrund eines einmaligen Versehens des zuständigen Auftragsbearbeiters im Unternehmen der Antragstellerin sei es jedoch verabsäumt worden, mit dem Angebot auch einen Nachweis über das erlegte Vadium vorzulegen bzw. eine entsprechende Bankgarantie beizulegen. Die Qualifizierung als unbehebbarer Mangel widerspreche jedoch der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes, wonach es nicht in der Disposition des Auftraggebers liege, durch Regelungen in den Ausschreibungsbedingungen bestimmte Mängel in Angeboten als unbehebbar zu qualifizieren. Die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin mangels Vadiums auszuschließen, verletze das Recht auf Teilnahme am Vergabeverfahren, weil das Fehlen eines Vadiums nie ein unbehebbarer Mangel sein könne. Durch das Fehlen des Vadiums bzw. des entsprechenden Nachweises würde keine wie immer geartete Änderung im Angebot bzw. in den Angebotspreisen eintreten. Die Antragstellerin stellte am 11. Februar 2008, eingelangt am 12. Februar 2008, das im Spruch ersichtliche Begehren; weiters wurde gemäß Paragraph 316, Absatz 3, BVergG "ausdrücklich" die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt. Die Antragstellerin habe im Dezember 2007 einen Ordner mit ausgedruckten Ausschreibungsunterlagen und 1 CD-Rom erhalten. Bei den ausgedruckten Unterlagen habe jedoch der Teil B - Besondere Vergabebestimmungen für den Einzelfall gefehlt. Dieser Teil der Ausschreibungsunterlagen sei lediglich auf der mitgeschickten CD vorhanden gewesen. Dies sei deshalb von Bedeutung, weil im Teil B jener Passus enthalten sei, der der eigentliche Grund für diesen Antrag ist. Im Teil B werde vom Auftraggeber vorgeschrieben, dass ein Vadium in Höhe von Euro 50.000,- zu erlegen sei und das Fehlen dieses Vadiums bzw. des entsprechenden Nachweises als unbehebbarer Mangel qualifiziert werde. Aufgrund eines einmaligen Versehens des zuständigen Auftragsbearbeiters im Unternehmen der Antragstellerin sei es jedoch verabsäumt worden, mit dem Angebot auch einen Nachweis über das erlegte Vadium vorzulegen bzw. eine entsprechende Bankgarantie beizulegen. Die Qualifizierung als unbehebbarer Mangel widerspreche jedoch der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes, wonach es nicht in der Disposition des Auftraggebers liege, durch Regelungen in den Ausschreibungsbedingungen bestimmte Mängel in Angeboten als unbehebbar zu qualifizieren. Die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin mangels Vadiums auszuschließen, verletze das Recht auf Teilnahme am Vergabeverfahren, weil das Fehlen eines Vadiums nie ein unbehebbarer Mangel sein könne. Durch das Fehlen des Vadiums bzw. des entsprechenden Nachweises würde keine wie immer geartete Änderung im Angebot bzw. in den Angebotspreisen eintreten.

Der Auftraggeber erstattete am 15. Februar 2008 zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Inhaltlich führte er aus, dass die zugrunde liegenden Ausschreibungsbestimmungen gleich an mehreren Stellen auf das Erfordernis eines vom Bieter beizubringenden Vadiums Bezug nehmen und den Nichterlag ausdrücklich als unbehebbarer Mangel qualifizieren würden. Die Vorgabe der Ausschreibung, mit dem Angebot ein Vadium (in Form einer Bankgarantie) beizubringen, werde auch von der Antragstellerin nicht bestritten. Unstrittig sei weiters, dass die Antragstellerin das erforderliche Vadium nicht beigelegt habe. Schließlich behaupte auch die Antragstellerin nicht, dass die relevanten Passagen der Ausschreibung zum Vadium und dessen Unbehebbarkeit fristgerecht angefochten worden wären; dies sei unstrittig nicht der Fall. Damit seien diese Bestimmungen jedenfalls bestandfest geworden und vom Auftraggeber auch anzuwenden. Somit sei es denkunmöglich, dass die Angebotsausscheidung in Anwendung dieser Bestimmungen rechtswidrig sei.

Mit Stellungnahme vom 18. Februar 2008 wies der Auftraggeber auf die relevanten Ausschreibungsbestimmungen bezüglich Nachweises des Vadiums hin. Die Ausscheidung sei rechtmäßig erfolgt, da das Fehlen eines geforderten Vadiums auch bei objektiver Betrachtung - also unabhängig von den Festlegungen der Ausschreibung - tatsächlich einen unbehebbarer Mangel darstelle. Im Übrigen würde gerade die von der Antragstellerin zitierte Judikatur des BVA die Rechtmäßigkeit der vorliegenden Ausscheidensentscheidung bestätigen.

Die Antragstellerin erstattete am 26. Februar 2008, eingelangt am 27. Februar 2008, eine Stellungnahme zum Vorbringen des Auftraggebers und wies nochmals darauf hin, dass Teil B "Besondere Vergabebestimmungen für den Einzelfall" in ausgedruckter Form nicht im Ordner vorhanden gewesen sei. Der Verweis im Teil A auf Einlage B 2.13 beinhalte eine falsche Angabe. Es möge durchaus zutreffen, dass im Angebotsschreiben Teil A die Feststellung

enthalten sei, dass der Bieter "die übermittelten Ausschreibungsunterlagen auf Vollständigkeit gemäß dem Gesamtinhaltsverzeichnis geprüft hat" und diese Erklärung vom zuständigen Sachbearbeiter auch mit der Unterschrift zur Kenntnis genommen und bestätigt worden sei. Man dürfe jedoch hier keinen allzu strengen Maßstab anstellen, da ein technischer Sachbearbeiter, der für die Kalkulation des Angebotes verantwortlich sei, unter Umständen mit diesen Formulierungen überfordert sei und die Tragweite seiner Unterschrift nicht erkennen könne. Letzten Endes habe jedoch das Bundesvergabeamt in der einstweiligen Verfügung bereits erkannt, dass der Text der Ausschreibung durchaus Interpretationsspielraum zulasse, vor allem was die Formulierung "Nichtbeilegung eines allfällig geforderten Vadiums" bedeute. Zur rechtmäßig erfolgten Ausscheidung wurde vorgebracht, dass der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes zu folgen sei und ein unbehebbarer Mangel nur dann vorliege, der zum Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren führe, wenn der Bieter der Aufforderung zur Verbesserung durch Nachreichung des Vadiums nicht nachkomme. Zur bestandskräftigen Ausschreibung wurde vorgebracht, dass dieser Terminus in Entscheidungen bisher nicht gebräuchlich gewesen sei. Das Fehlen des Vadiums als unbehebbarer Mangel zu qualifizieren, übersteige die Ausschreibungskompetenz des Auftraggebers und sei daher rechtswidrig. Zum Hinweis darauf, dass die Antragstellerin preislich um ca. 50% über der Billigstbieterin liege, würde sich die Frage erheben, inwieweit das Angebot der Billigstbieterin auch preisangemessen sei bzw. inwieweit hier bereits eine vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden habe.

Mündliche Verhandlung

In der am 13. März 2008 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung verwiesen die Parteien auf die bisher eingebrachten Schriftsätze. Zum im Teil A enthaltenen Verweis auf die Bestimmungen in Teil B (Vadium und Kautions), führte der Auftraggeber aus, dass es sich um einen falschen Querverweis handeln würde. Wesentlich sei jedoch, dass der Punkt auf derselben Seite ersichtlich sei. Die Antragstellerin wies nochmals darauf hin, dass im Teil A kein Hinweis auf die Unbehebbarkeit des Vadiums erkennbar gewesen sei. Der Auftraggeber wies diesbezüglich darauf hin, dass die übermittelte CD-Rom jedenfalls geöffnet werden musste, um ein Angebot überhaupt legen zu können, weil sie auch sonstige wesentliche Unterlagen (Pläne, Zeichnungen) enthalten würde. Zum Wortlaut in Punkt 2.12 ("allfällig geforderten Vadiums") führte der Auftraggeber aus, dass diese Formulierung im Zusammenhang mit der Systematik der Ausschreibungsbestimmungen gelesen werden müsse. Teil B enthielte allgemeine Vergabebestimmungen, die auch in anderen Vergabeverfahren zur Anwendung kämen. Das Wort "allfällig" beziehe sich klar erkennbar auf die Bestimmungen im Teil A.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen (siehe Vergabeakt des Auftraggebers), Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber hat die gegenständlichen Leistungen im Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb ausgeschrieben. Die Frist für die Einreichung der Teilnahmeanträge endete am 23. August 2007. Die ausgewählten Unternehmer wurden zur Angebotsabgabe bis 15. Jänner 2008 aufgefordert. Die Öffnung der abgegebenen (Erst-)Angebote erfolgte am 15. Jänner 2008 unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist.

Mit Schreiben vom 30. Jänner 2008 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mit, dass deren Angebot aufgrund des Fehlens des geforderten Vadiums als unvollständiges Angebot auszuschneiden ist und verwies zur Begründung insbesondere auf Einlage B Pkt. 2.12 der Ausschreibungsunterlagen.

Auf Seite 2 des Angebotsschreibens (Teil A) findet sich nachfolgender Hinweis:

Vadium Euro 50.000,-

Seite 8 des Angebotsschreibens enthält insbesondere folgende Bestimmung:

10. Diesem Angebot sind folgende Beilagen angeschlossen:

.....

Nachweis über Erlag des Vadiums (lt. Einlage B Pkt. 2.13) Bankerklärung über das Legen der Kautions im Auftragsfall (lt. Einlage B Pkt. 2.14)

Punkt 2.12 (Vadium) in Teil B (Vergabebestimmungen) lautet wie folgt:

Der Bieter hat zur Sicherstellung seines Angebotes ein Vadium in der im Teil A geforderten Höhe in Form einer abstrakten Bankgarantie zu Gunsten des Auftraggebers zu legen.

Die Laufzeit des Vadiums ist bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist (siehe Teil A) vorzusehen.

Die Nichtbeilegung eines allfällig geforderten Vadiums stellt einen unbehebbarer Mangel dar.

Dem Angebot der Antragstellerin war bei Angebotsabgabe das in der Ausschreibung geforderte Vadium nicht beigelegt (siehe Ausführungen der Antragstellerin in den Schriftsätzen sowie in der mündlichen Verhandlung).

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zuständigkeit des Bundesvergabesachbearbeiters und Zulässigkeit des Antrages

Die Flughafen Wien AG ist Sektorenauftraggeber iSd §§ 164 iVm 172 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag iSd §§ 4 iVm 174 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens beträgt EUR 3.961.750,-- (ohne USt) und stellt einen Teil des Gesamtvorhabens "Skylink, Terminalerweiterung Nord-Ost" mit einem Investitionsvolumen von mehreren 100 Mio EUR dar. Es liegt daher insgesamt ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 180 Abs 1 Z 2 BVergG vor. Die Flughafen Wien AG ist Sektorenauftraggeber iSd Paragraphen 164, in Verbindung mit 172 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag iSd Paragraphen 4, in Verbindung mit 174 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens beträgt EUR 3.961.750,-- (ohne USt) und stellt einen Teil des Gesamtvorhabens "Skylink, Terminalerweiterung Nord-Ost" mit einem Investitionsvolumen von mehreren 100 Mio EUR dar. Es liegt daher insgesamt ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vor.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabesachbearbeiters zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabesachbearbeiter damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabesachbearbeiters zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG ist sohin gegeben. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabesachbearbeiter damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antrag den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG genügt. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antrag den formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG genügt. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Die Antragstellerin hat ("aufgrund eines einmaligen Versehens des zuständigen Auftragsbearbeiters") unstrittig verabsäumt, mit dem Angebot den in der Ausschreibung geforderten Nachweis über das erlegte Vadium vorzulegen. Gemäß Pkt. 2.12 des Teils B stellt jedoch die Nichtbeilegung eines allfällig geforderten Vadiums einen unbehebbarer Mangel dar.

Vorweg ist festzuhalten, dass der Antragstellerin mit Schreiben des Auftraggebers vom 30. November 2007 die wesentlichen Bestimmungen zum gegenständlichen Erlag des Vadiums (Teil A in ausgedruckter Form bzw. Teil B mittels CD-Rom) zugegangen sind. Es darf einem - am Vertrag interessierten - Unternehmer jedenfalls zugemutet werden, dass er sich mit dem Inhalt sämtlicher Ausschreibungsbedingungen (insbesondere auch mit jenen der übermittelten CD-Rom) vertraut macht. Abgesehen davon existiert im BVergG 2006 keine Bestimmung, wonach bestimmte Passagen von Ausschreibungsbestimmungen lediglich dann ("volle") Gültigkeit erlangen würden, wenn diese den Bietern ausschließlich in ausgedruckter Form übermittelt werden.

Die Wortfolge in Pkt. 2.12 des Teil B (vgl. "allfällig geforderten Vadiums") ist im Zusammenhang mit den Bestimmungen im Angebotsschreiben, Teil A, zu betrachten. Dies ergibt sich bereits aus dem ersten Satz in Pkt. 2.12, wonach der Bieter ein Vadium "in der im Teil A geforderten Höhe" zu legen hat. Teil A beziffert die Höhe des Vadiums mit Euro 50.000,-- (vgl. Seite 2) und verweist bezüglich des Nachweises über deren Erlag wiederum ausdrücklich auf die Einlage

B, Pkt. "2.13" (vgl. Seite 8). Beim falschen Querverweis (vgl. Pkt. "2.13" statt richtigerweise Pkt. "2.12") handelt es sich jedenfalls um einen offensichtlichen Schreibfehler (siehe dazu auch den Folgefehler bezüglich Legen der Kautions lt. Einlage B Pkt. "2.14" statt richtigerweise "2.13"). Zum Vorbringen der Antragstellerin, wonach das Bundesvergabeamt in der einstweiligen Verfügung (BVA 19.2.2008, N/0018-BVA/12/2008-EV8) bereits erkannt habe, dass der Text der Ausschreibungsunterlagen durchaus Interpretationsspielraum zulasse, genügt der Hinweis, dass diese (im Rahmen des Provisorialverfahrens ergangenen) Ausführungen keinen präjudiziellen Charakter gehabt haben (vgl. die Formulierung "möglicherweise"). Die Wortfolge in Pkt. 2.12 des Teil B vergleiche "allfällig geforderten Vadiums") ist im Zusammenhang mit den Bestimmungen im Angebotsschreiben, Teil A, zu betrachten. Dies ergibt sich bereits aus dem ersten Satz in Pkt. 2.12, wonach der Bieter ein Vadium "in der im Teil A geforderten Höhe" zu legen hat. Teil A beziffert die Höhe des Vadiums mit Euro 50.000,-- (vergleiche Seite 2) und verweist bezüglich des Nachweises über deren Erlag wiederum ausdrücklich auf die Einlage B, Pkt. "2.13" (vergleiche Seite 8). Beim falschen Querverweis (vergleiche Pkt. "2.13" statt richtigerweise Pkt. "2.12") handelt es sich jedenfalls um einen offensichtlichen Schreibfehler (siehe dazu auch den Folgefehler bezüglich Legen der Kautions lt. Einlage B Pkt. "2.14" statt richtigerweise "2.13"). Zum Vorbringen der Antragstellerin, wonach das Bundesvergabeamt in der einstweiligen Verfügung (BVA 19.2.2008, N/0018-BVA/12/2008-EV8) bereits erkannt habe, dass der Text der Ausschreibungsunterlagen durchaus Interpretationsspielraum zulasse, genügt der Hinweis, dass diese (im Rahmen des Provisorialverfahrens ergangenen) Ausführungen keinen präjudiziellen Charakter gehabt haben (vergleiche die Formulierung "möglicherweise").

Die Antragstellerin bringt zusammenfassend vor, dass die Qualifizierung der Nichtbeilegung des geforderten Vadiums als unbehebbarer Mangel jedenfalls rechtswidrig war. Eine Anfechtung der Ausschreibung innerhalb offener Frist gemäß § 321 Abs 2 BVergG wurde jedoch verabsäumt. Soweit die Antragstellerin ausführt, dass der Terminus "bestandskräftig" in bisherigen Entscheidungen nicht gebräuchlich war, verkennt sie Systematik und Intention des BVergG 2006 sowie die gefestigte Rechtsprechung zum Themenkomplex "Präklusion" grundlegend. Bereits der von der Antragstellerin zitierten Entscheidung des BVA vom 5.6.2003, 12N-33/03-15, ist zu entnehmen, dass die Prüfung der Frage, ob die seitens des Auftraggebers aufgestellten Bedingungen rechtswidrig sind, dahinstehen kann, da die Frist zur Anfechtung der Ausschreibung gemäß § 169 Abs 1 Z 1 lit a BVergG bereits abgelaufen ist und somit die seitens des Auftraggebers aufgestellten Ausschreibungsbedingungen unangreifbar geworden sind (unter Berufung auf BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11; in diesem Sinne auch VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135). Die Erläuterungen zum § 321 BVergG 2006 verweisen darauf, dass die Versäumung der Anfechtungsfrist zur "endgültigen Präklusion" führt und die betreffende gesondert anfechtbare Entscheidung (in concreto: Ausschreibung) "bestandskräftig" wird. Es ist dem Bundesvergabeamt auch verwehrt, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (RV 1171 BlgNR 22. GP 138). Die Antragstellerin bringt zusammenfassend vor, dass die Qualifizierung der Nichtbeilegung des geforderten Vadiums als unbehebbarer Mangel jedenfalls rechtswidrig war. Eine Anfechtung der Ausschreibung innerhalb offener Frist gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG wurde jedoch verabsäumt. Soweit die Antragstellerin ausführt, dass der Terminus "bestandskräftig" in bisherigen Entscheidungen nicht gebräuchlich war, verkennt sie Systematik und Intention des BVergG 2006 sowie die gefestigte Rechtsprechung zum Themenkomplex "Präklusion" grundlegend. Bereits der von der Antragstellerin zitierten Entscheidung des BVA vom 5.6.2003, 12N-33/03-15, ist zu entnehmen, dass die Prüfung der Frage, ob die seitens des Auftraggebers aufgestellten Bedingungen rechtswidrig sind, dahinstehen kann, da die Frist zur Anfechtung der Ausschreibung gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, BVergG bereits abgelaufen ist und somit die seitens des Auftraggebers aufgestellten Ausschreibungsbedingungen unangreifbar geworden sind (unter Berufung auf BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11; in diesem Sinne auch VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135). Die Erläuterungen zum Paragraph 321, BVergG 2006 verweisen darauf, dass die Versäumung der Anfechtungsfrist zur "endgültigen Präklusion" führt und die betreffende gesondert anfechtbare Entscheidung (in concreto: Ausschreibung) "bestandskräftig" wird. Es ist dem Bundesvergabeamt auch verwehrt, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 138).

Der Antragstellerin ist zwar beizupflichten, dass es (grundsätzlich) nicht in der Disposition des Auftraggebers liegt, durch Regelungen in den Ausschreibungsbedingungen bestimmte Mängel in Angeboten als unbehebbar zu qualifizieren; insofern gibt sie den Inhalt der Entscheidung des BVA vom 5.6.2003, 12N-33/03-15, richtig, jedoch lediglich verkürzt wieder. Das BVA hielt nämlich weiters wie folgt fest: Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung ergibt sich somit im gegenständlichen Vergabeverfahren bereits daraus, dass der Auftraggeber in den

Ausschreibungsgrundlagen Mindestvoraussetzungen aufgestellt hat, jedoch nachträglich zu Gunsten eines Bieters von seinen eigenen Bedingungen abgerückt ist, indem er - trotz gegenteiliger Festlegungen in Pkt. 8,301, X 8/25 - das Angebot der A*** nicht ausgeschieden hat. Diese Vorgangsweise verstößt jedoch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 21 Abs. 1 BVergG, da alle Bieter darauf vertrauen können müssen, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen auch einhält. Aus dieser Rechtsprechung kann für den gegenständlichen Sachverhalt (gleichsam im Umkehrschluss) gefolgert werden, dass eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin - ungeachtet der Nichtvorlage des zwingend beizulegenden Vadiums - jedenfalls mit Rechtswidrigkeit behaftet wäre, da der Auftraggeber diesfalls von seinen eigenen (bestandfesten) Ausschreibungsbedingungen zugunsten eines Bieters unzulässigerweise abrücken würde. Schon aus diesem Grund erweist sich die vorliegende Ausscheidensentscheidung als nicht rechtswidrig. Der Antragstellerin ist zwar beizupflichten, dass es (grundsätzlich) nicht in der Disposition des Auftraggebers liegt, durch Regelungen in den Ausschreibungsbedingungen bestimmte Mängel in Angeboten als unbehebbar zu qualifizieren; insofern gibt sie den Inhalt der Entscheidung des BVA vom 5.6.2003, 12N-33/03-15, richtig, jedoch lediglich verkürzt wieder. Das BVA hielt nämlich weiters wie folgt fest: Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung ergibt sich somit im gegenständlichen Vergabeverfahren bereits daraus, dass der Auftraggeber in den Ausschreibungsgrundlagen Mindestvoraussetzungen aufgestellt hat, jedoch nachträglich zu Gunsten eines Bieters von seinen eigenen Bedingungen abgerückt ist, indem er - trotz gegenteiliger Festlegungen in Pkt. 8,301, römisch zehn 8/25 - das Angebot der A*** nicht ausgeschieden hat. Diese Vorgangsweise verstößt jedoch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG, da alle Bieter darauf vertrauen können müssen, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen auch einhält. Aus dieser Rechtsprechung kann für den gegenständlichen Sachverhalt (gleichsam im Umkehrschluss) gefolgert werden, dass eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin - ungeachtet der Nichtvorlage des zwingend beizulegenden Vadiums - jedenfalls mit Rechtswidrigkeit behaftet wäre, da der Auftraggeber diesfalls von seinen eigenen (bestandfesten) Ausschreibungsbedingungen zugunsten eines Bieters unzulässigerweise abrücken würde. Schon aus diesem Grund erweist sich die vorliegende Ausscheidensentscheidung als nicht rechtswidrig.

Im Übrigen vermag der Senat auch nicht zu erkennen, dass die seitens des Auftraggebers konkret vorgenommene Qualifizierung des fehlenden Vadiumsnachweises als unbehebbarer Mangel mit Rechtswidrigkeit behaftet sein soll. § 2 Z 32 lit a BVergG definiert das Vadium als Sicherstellung für den Fall, dass der Bieter während der Zuschlagsfrist von seinem Angebot zurücktritt oder der Bieter nach Ablauf der Angebotsfrist behebbare wesentliche Mängel trotz Aufforderung des Auftraggebers schuldhaft nicht behebt. Letztere Möglichkeit soll - nach den Intentionen des Gesetzgebers - das Problem beseitigen, dass Bieter (ohne Verlust des Vadiums) aktiv nach Angebotsöffnung entscheiden können, ob ihr Angebot im Wettbewerb verbleiben soll oder nicht (RV 1171 BlgNR 22. GP 19). Für den klassischen Bereich ist gemäß § 86 BVergG vorzuschreiben, dass dem Angebot der Nachweis über den Erlag eines Vadiums beizulegen ist und das Fehlen eines solchen Nachweises einen unbehebbarer Mangel darstellt (vgl. dazu auch den expliziten Ausscheidenstatbestand in § 129 Abs 1 Z 5 BVergG). Wenngleich diesbezügliche korrespondierende Bestimmungen im Sektorenbereich fehlen, ist für den vorliegenden Fall davon auszugehen, dass der Auftraggeber durch die Festlegungen in Teil A und B - analog zu § 86 BVergG und im Einklang mit den (auch für den Sektorenbereich geltenden) Intentionen des Gesetzgebers zur Bestimmung in § 2 Z 32 lit a BVergG - die Nichtbeilegung des Vadiumsnachweises als unbehebbarer Mangel (zulässigerweise) festgesetzt hat. Im Übrigen vermag der Senat auch nicht zu erkennen, dass die seitens des Auftraggebers konkret vorgenommene Qualifizierung des fehlenden Vadiumsnachweises als unbehebbarer Mangel mit Rechtswidrigkeit behaftet sein soll. Paragraph 2, Ziffer 32, Litera a, BVergG definiert das Vadium als Sicherstellung für den Fall, dass der Bieter während der Zuschlagsfrist von seinem Angebot zurücktritt oder der Bieter nach Ablauf der Angebotsfrist behebbare wesentliche Mängel trotz Aufforderung des Auftraggebers schuldhaft nicht behebt. Letztere Möglichkeit soll - nach den Intentionen des Gesetzgebers - das Problem beseitigen, dass Bieter (ohne Verlust des Vadiums) aktiv nach Angebotsöffnung entscheiden können, ob ihr Angebot im Wettbewerb verbleiben soll oder nicht. Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 19). Für den klassischen Bereich ist gemäß Paragraph 86, BVergG vorzuschreiben, dass dem Angebot der Nachweis über den Erlag eines Vadiums beizulegen ist und das Fehlen eines solchen Nachweises einen unbehebbarer Mangel darstellt. vergleiche dazu auch den expliziten Ausscheidenstatbestand in Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG). Wenngleich diesbezügliche korrespondierende Bestimmungen im Sektorenbereich fehlen, ist für den vorliegenden Fall davon auszugehen, dass der Auftraggeber durch die Festlegungen in Teil A und B - analog zu Paragraph 86, BVergG

und im Einklang mit den (auch für den Sektorenbereich geltenden) Intentionen des Gesetzgebers zur Bestimmung in Paragraph 2, Ziffer 32, Litera a, BVergG - die Nichtbeilegung des Vadiumsnachweises als unbehebbarer Mangel (zulässigerweise) festgesetzt hat.

Die vorliegende Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers nach § 269 Abs 1 Z 5 BVergG erfolgte somit im Ergebnis jedenfalls zu Recht. Auf das weitere Vorbringen der Antragstellerin (Preisunterschiede, vertiefte Angebotsprüfung etc.) war daher nicht mehr einzugehen. Die vorliegende Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers nach Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG erfolgte somit im Ergebnis jedenfalls zu Recht. Auf das weitere Vorbringen der Antragstellerin (Preisunterschiede, vertiefte Angebotsprüfung etc.) war daher nicht mehr einzugehen.

Schlagworte

Ausschreibung, Präklusion, Vadium, unbehebbarer Mangel, Mängelbehebung;

Zuletzt aktualisiert am

20.08.2008

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