

TE Verg Bescheid 2008/3/4 N/0013-BVA/12/2008-20

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.03.2008

Norm

BVergG 2006 §139 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §321 Abs2

1. BVergG 2006 § 139 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 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 Eltinger als Vorsitzenden sowie SChef Dr. Hans Günter Gruber als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe „Neubau von Flugfeldtankanlagen in Hörsching und Langenlebarn (BMLV GZ E90033/003/0-01/RD-ARWT/KA/2006)“ des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090 Wien, Rüstungsdirektion, Amt für Rüstung und Wehrtechnik, Kaufmännische Abteilung, Franz-Josefs-Kai 7-9, 1010 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, eingeleitet über Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 18. Jänner 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag, „die Widerrufsentscheidung für nichtig erklären und der Auftraggeberin den Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuhanden der ausgewiesenen Rechtsvertretung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen“, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 139 Abs 2 Z 2 und 321 Abs 2 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 139, Absatz 2, Ziffer 2 und 321 Absatz 2, BVergG 2006

Begründung

Vorbringen der Parteien

Die Antragsteller stellten am 18. Jänner 2008 das im Spruch ersichtliche Begehren und brachten vor, dass nach Prüfung der Angebote der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragsteller mit Schreiben vom 27. November 2007 bekannt gegeben habe. Die Stillhaltefrist sei daraufhin abgelaufen, ohne dass ein Nachprüfungsverfahren beim BVA anhängig gemacht worden sei. Dennoch sei nun nicht die Zuschlagserteilung erfolgt, sondern habe der Auftraggeber mit Schreiben vom 11. Jänner 2008 die Widerrufsentscheidung gemäß § 140 Abs 1 Z 4 BVergG bekannt gegeben. Als Begründung habe er ausgeführt, dass ein Vergabeverfahren widerrufen werden könne, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 BVergG nur ein Angebot verbleibe. Nach dem Kenntnisstand der Antragsteller sei das Angebot der Mitbieterin C*** vom Vergabeverfahren jedoch nicht ausgeschieden worden, womit ein Widerruf aus dem vom Auftraggeber bekannt gegebenen Grunde rechtswidrig sei. Aus anwaltlicher Vorsicht wurde weiters vorgebracht, dass für den Fall, dass das Angebot der Mitbieterin C*** vor der Widerrufsentscheidung ausgeschieden worden sei, das Ausscheiden nicht zu Recht erfolgt sei, weil dieses Angebot keinen Angebotsmangel iSd § 129 BVergG aufweise. Die Antragsteller stellten am 18. Jänner 2008 das im Spruch ersichtliche Begehren und brachten vor, dass nach Prüfung der Angebote der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragsteller mit Schreiben vom 27. November 2007 bekannt gegeben habe. Die Stillhaltefrist sei daraufhin abgelaufen, ohne dass ein Nachprüfungsverfahren beim BVA anhängig gemacht worden sei. Dennoch sei nun nicht die Zuschlagserteilung erfolgt, sondern habe der Auftraggeber mit Schreiben vom 11. Jänner 2008 die Widerrufsentscheidung gemäß Paragraph 140, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG bekannt gegeben. Als Begründung habe er ausgeführt, dass ein Vergabeverfahren widerrufen werden könne, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß Paragraph 129, BVergG nur ein Angebot verbleibe. Nach dem Kenntnisstand der Antragsteller sei das Angebot der Mitbieterin C*** vom Vergabeverfahren jedoch nicht ausgeschieden worden, womit ein Widerruf aus dem vom Auftraggeber bekannt gegebenen Grunde rechtswidrig sei. Aus anwaltlicher Vorsicht wurde weiters vorgebracht, dass für den Fall, dass das Angebot der Mitbieterin C*** vor der Widerrufsentscheidung ausgeschieden worden sei, das Ausscheiden nicht zu Recht erfolgt sei, weil dieses Angebot keinen Angebotsmangel iSd Paragraph 129, BVergG aufweise.

In einer Stellungnahme vom 22. Jänner 2008 erteilte der Auftraggeber zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Sachverhalt wurde ausgeführt, dass im Zuge der Prüfung der Angebote durch die Bewertungskommission die preislich 1., 2., 3. und 5. gereihten Firmen wegen Nichterfüllung einer oder mehrerer Mussforderungen ausgeschieden und der letzte vorhandene Bieter für den Zuschlag ermittelt worden sei. Aufgrund der internen Meinungsbildung sei nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nach nochmaliger Beurteilung der Sachlage vom Auftraggeber die Auffassung vertreten worden, dass ein Wettbewerb im vorliegenden Fall nicht gegeben sei. Die ausgeschiedenen Bieter seien von ihrem Ausscheiden entsprechend § 129 Abs 3 BVergG verständigt worden. Das Vorbringen der Antragsteller gehe daher schon allein aufgrund der Aktenlage ins Leere. In einer Stellungnahme vom 22. Jänner 2008 erteilte der Auftraggeber zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Sachverhalt wurde ausgeführt, dass im Zuge der Prüfung der Angebote durch die Bewertungskommission die preislich 1., 2., 3. und 5. gereihten Firmen wegen Nichterfüllung einer oder mehrerer Mussforderungen ausgeschieden und der letzte vorhandene Bieter für den Zuschlag ermittelt worden sei. Aufgrund der internen Meinungsbildung sei nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nach nochmaliger Beurteilung der Sachlage vom Auftraggeber die Auffassung vertreten worden, dass ein Wettbewerb im vorliegenden Fall nicht gegeben sei. Die ausgeschiedenen Bieter seien von ihrem Ausscheiden entsprechend Paragraph 129, Absatz 3, BVergG verständigt worden. Das Vorbringen der Antragsteller gehe daher schon allein aufgrund der Aktenlage ins Leere.

In einer weiteren Stellungnahme vom 28. Jänner 2008 brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass ein Wettbewerb im vorliegenden Vergabeverfahren nicht möglich gewesen sei, da nur ein Bieter ein dem Leistungsverzeichnis entsprechendes Angebot gelegt habe, weshalb ein Widerruf durchgeführt worden sei. Daraus ergebe sich jedoch, dass es im Ermessen des Auftraggebers stehe, das Verfahren zu widerrufen. Eine Willkür sei schon deswegen nicht gegeben, da es den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit entspreche, Preise in einem Wettbewerb zu erheben und dies aus mindestens zwei gültigen Angeboten.

Mit Schriftsatz vom 12. Februar 2008 nahmen die Antragsteller zur „angeblich erfolgten“ Ausscheidung bzw. zum „Nichtvorliegen“ eines Ausscheidensgrundes hinsichtlich des Angebotes der C*** Stellung. Die Antragsteller gehen

davon aus, dass der Auftraggeber die Mitbieterin C*** wegen unzureichender Referenzprojekte ohne Aufforderung zur Verbesserung dieses Angebots mangels ausgeschieden habe. Jedoch sei ein unzureichender Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit lediglich ein behebbarer Mangel iSd § 129 Abs 1 Z 7 BVergG. Zum Widerrufsgrund des § 139 Abs 2 Z 2 BVergG führten die Antragsteller aus, dass es sich diesbezüglich nicht um ein schrankenloses Ermessen handle, sondern würden als Maßstäbe für Handlungen des Auftraggebers das aus dem Gleichheitssatz entspringende Sachlichkeitsgebot, die allgemeinen Grundsätze der Leistungsvergabe und die Haushaltsgrundsätze nach Art 126b Abs 5 BV-G gelten. Im vorliegenden Fall habe der Auftraggeber zunächst eine Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der Antragsteller bekannt gegeben. Daraus folge, dass er sich in der Lage gesehen habe, die Preise und die übrigen Merkmale verschiedener Angebote miteinander zu vergleichen. Er habe daher bereits von seinem Ermessen, das Verfahren durch Widerruf oder Zuschlag zu erteilen, im Sinne einer (beabsichtigten) Zuschlagserteilung Gebrauch gemacht. Soweit auch wirtschaftliche Überlegungen ausschlaggebend gewesen sein sollen, weil das vorhandene Angebot weit über den Schätzwert liegt, liege ebenfalls kein sachlich begründeter Widerrufsgrund vor. Der Auftraggeber habe als geschätzten Auftragswert in dieser Ausschreibung den Betrag von € 5,5 Mio genannt. Demgegenüber sei noch im Vergabeverfahren aus dem Jahr 2006 der Schätzwert mit € 6,75 Mio angegeben worden. Der vom Auftraggeber nun angegebene Betrag sei unglaublich, weil der Leistungsumfang der neuen Ausschreibung im Wesentlichen mit der vorhergehenden Ausschreibung ident sei. Mit Schriftsatz vom 12. Februar 2008 nahmen die Antragsteller zur „angeblich erfolgten“ Ausscheidung bzw. zum „Nichtvorliegen“ eines Ausscheidungsgrundes hinsichtlich des Angebotes der C*** Stellung. Die Antragsteller gehen davon aus, dass der Auftraggeber die Mitbieterin C*** wegen unzureichender Referenzprojekte ohne Aufforderung zur Verbesserung dieses Angebots mangels ausgeschieden habe. Jedoch sei ein unzureichender Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit lediglich ein behebbarer Mangel iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG. Zum Widerrufsgrund des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG führten die Antragsteller aus, dass es sich diesbezüglich nicht um ein schrankenloses Ermessen handle, sondern würden als Maßstäbe für Handlungen des Auftraggebers das aus dem Gleichheitssatz entspringende Sachlichkeitsgebot, die allgemeinen Grundsätze der Leistungsvergabe und die Haushaltsgrundsätze nach Artikel 126 b, Absatz 5, BV-G gelten. Im vorliegenden Fall habe der Auftraggeber zunächst eine Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der Antragsteller bekannt gegeben. Daraus folge, dass er sich in der Lage gesehen habe, die Preise und die übrigen Merkmale verschiedener Angebote miteinander zu vergleichen. Er habe daher bereits von seinem Ermessen, das Verfahren durch Widerruf oder Zuschlag zu erteilen, im Sinne einer (beabsichtigten) Zuschlagserteilung Gebrauch gemacht. Soweit auch wirtschaftliche Überlegungen ausschlaggebend gewesen sein sollen, weil das vorhandene Angebot weit über den Schätzwert liegt, liege ebenfalls kein sachlich begründeter Widerrufsgrund vor. Der Auftraggeber habe als geschätzten Auftragswert in dieser Ausschreibung den Betrag von € 5,5 Mio genannt. Demgegenüber sei noch im Vergabeverfahren aus dem Jahr 2006 der Schätzwert mit € 6,75 Mio angegeben worden. Der vom Auftraggeber nun angegebene Betrag sei unglaublich, weil der Leistungsumfang der neuen Ausschreibung im Wesentlichen mit der vorhergehenden Ausschreibung ident sei.

Der Auftraggeber erstattete am 21. Februar 2008 eine Stellungnahme und führte aus, dass zwischen Zuschlag und Zuschlagsentscheidung zu unterscheiden sei. Aus der Zuschlagsentscheidung würden sich keinerlei Rechte ableiten lassen. Die Entscheidungsfindung innerhalb der Bundesverwaltung sei vielschichtig und mit Erlass geregelt. Möglicherweise habe die mit der Beschaffung befasste Fachabteilung die Zuschlagsentscheidung vor der tatsächlichen Festlegung durch den Bundesminister für Landesverteidigung ausgesandt. Jedoch sei der Bundesminister dadurch weder in seiner Entscheidung eingeschränkt noch im Hinblick auf einen Zuschlag präjudiziert. Nachdem die beschaffende Stelle eine entsprechende Prüfung und Reihung vorgenommen habe, seien intern das Verfahren und die haushaltsrechtlichen Grundsätze nochmals zu prüfen gewesen. Jede damit beauftragte Abteilung könne somit den Zuschlag abändern oder verhindern. Selbst wenn das Ressort der Landesverteidigung im Namen des Bundesministers für Landesverteidigung befinde, dass einem bestimmten Angebot nach den vergaberechtlichen und haushaltsrechtlichen Vorgaben der Zuschlag zu erteilen wäre, sei gemäß dem Bundeshaushaltsgesetz und den dazu ergangenen Erlässen des Bundesministers für Finanzen auch dessen Zustimmung ab einem gewissen Auftragswert einzuholen. Auch dieser könne daher den Zuschlag verhindern. Erst nach Zustimmung des Bundesministers für Landesverteidigung und des Bundesministers für Finanzen sei es dem Auftraggeber Bund gesetzlich erlaubt, einen Zuschlag zu erteilen. Zum geschätzten Auftragswert wurde darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber einen ähnlichen

Gegenstand bereits ausgeschrieben habe. Im Rahmen der damaligen Angebotslegung sei bekannt geworden, dass der damalig angegebene Schätzwert überhöht gewesen sei. Da neue Informationen hinsichtlich des geschätzten Auftragswertes vorgelegen seien, sei dieser im gegenständlichen Verfahren mit € 5,5 Mio angegeben worden.

Mündliche Verhandlung

In der am 27. Februar 2008 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung legte der Auftraggeber die Ergebnisse der Angebotspreise der Bieter im vorangegangenen (ersten) Vergabeverfahren in Tabellenform vor. Der Auftraggeber wies diesbezüglich darauf hin, dass dieses Ergebnis als „Basis“ für den geschätzten Auftragswert im gegenständlichen Vergabeverfahren verwendet worden sei. Auf die Frage, ob diese „Basis“ die tatsächliche Kostenschätzung darstellt, wurde vom Auftraggeber ausgeführt, dass im nunmehrigen Vergabeverfahren auf die Ergebnisse der Angebotsöffnung des vorangegangenen Vergabeverfahrens zurückgegriffen worden sei. Eine darüber hinausgehende Kostenschätzung sei nicht vorgenommen worden. Die Antragsteller brachten diesbezüglich vor, dass diese „Basis“ für die behauptete Kostenschätzung unzureichend gewesen sei, weil der Angebotspreis der PRT im vorangegangenen Vergabeverfahren nicht einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen worden sei, obwohl der Angebotspreis der PRT deutlich unter jenem der übrigen Mitbieter gelegen sei.

Zum Vorbringen bezüglich des Ausscheidens von C*** brachten die Antragsteller vor, dass ihnen nunmehr zur Kenntnis gelangt sei, dass die Ausscheidensentscheidung gegenüber C*** am 20. August 2007 zugegangen sei. Das diesbezügliche Vorbringen sei daher gegenstandslos geworden. Im Übrigen wurde seitens der Antragsteller das inhaltliche Vorbringen zur Angebotsprüfung sowie zur fehlerhaften Ermessensübung Aufrecht erhalten. Die Antragsteller brachten ergänzend vor, dass sich der Kreis der Bieter in beiden Ausschreibungen beinahe nicht geändert habe. Der Auftraggeber habe durch die Festlegungen zu den Eignungskriterien in der neuen Ausschreibung, die gegenüber den ursprünglichen wesentlich strenger gewesen seien, bewusst auf einen Wettbewerb verzichtet, weil ihm bekannt sein hätte müssen, dass die für ihn in Frage kommenden Bieter (bis auf die Antragsteller) die neu festgelegten Kriterien nicht erfüllen könnten. Der Auftraggeber brachte dazu vor, dass es für ihn nicht vorhersehbar gewesen sei, welche Bieter bzw. Bietergemeinschaften sich beim zweiten Vergabeverfahren bewerben würden. Im Übrigen sei nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen der Auftraggeber eine Ausschreibung mit dem Wissen, dass nur ein Bieter die Eignungskriterien erfüllt, initiieren sollte, um die Ausschreibung dann letztlich nach § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG zu widerrufen. Zum Vorbringen bezüglich des Ausscheidens von C*** brachten die Antragsteller vor, dass ihnen nunmehr zur Kenntnis gelangt sei, dass die Ausscheidensentscheidung gegenüber C*** am 20. August 2007 zugegangen sei. Das diesbezügliche Vorbringen sei daher gegenstandslos geworden. Im Übrigen wurde seitens der Antragsteller das inhaltliche Vorbringen zur Angebotsprüfung sowie zur fehlerhaften Ermessensübung Aufrecht erhalten. Die Antragsteller brachten ergänzend vor, dass sich der Kreis der Bieter in beiden Ausschreibungen beinahe nicht geändert habe. Der Auftraggeber habe durch die Festlegungen zu den Eignungskriterien in der neuen Ausschreibung, die gegenüber den ursprünglichen wesentlich strenger gewesen seien, bewusst auf einen Wettbewerb verzichtet, weil ihm bekannt sein hätte müssen, dass die für ihn in Frage kommenden Bieter (bis auf die Antragsteller) die neu festgelegten Kriterien nicht erfüllen könnten. Der Auftraggeber brachte dazu vor, dass es für ihn nicht vorhersehbar gewesen sei, welche Bieter bzw. Bietergemeinschaften sich beim zweiten Vergabeverfahren bewerben würden. Im Übrigen sei nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen der Auftraggeber eine Ausschreibung mit dem Wissen, dass nur ein Bieter die Eignungskriterien erfüllt, initiieren sollte, um die Ausschreibung dann letztlich nach Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zu widerrufen.

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 Wege eines offenen Verfahrens (nach dem Billigstbieterprinzip) ausgeschrieben. Die EU-weite Bekanntmachung erfolgte am 10. März 2007, die Österreich-weite am 12. März 2007. Dem gegenständlichen Vergabeverfahren war bereits ein Vergabeverfahren über denselben Gegenstand vorangegangen, welches jedoch aufgrund einer Entscheidung des Bundesvergabeamtes (BVA 31.8.2006, N/0062-BVA/12/2006-22, N/0063-BVA/12/2006-19) widerrufen worden ist. Der veranschlagte Betrag in dem widerrufenen Vergabeverfahren betrug € 6.550.000,--. Demgegenüber wurde als geschätzter Auftragswert im zugrunde liegenden Vergabeverfahren der Betrag von € 5.500.000,-- angegeben. Als Basis für den Betrag wurde seitens des Auftraggebers auf die Ergebnisse der Angebotsöffnung des vorangegangenen Vergabeverfahrens zurückgegriffen (siehe Verhandlungsschrift vom 27. Februar 2008, Beilage). Eine darüber hinausgehende (detaillierte) Kostenschätzung

liegt dem Vergabeakt nicht bei und wurde auch nicht vorgenommen (siehe vorgelegter Vergabeakt des Auftraggebers sowie Aussagen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung).

In der Angebotseinholung „Neubau der Flugfeldtankanlagen in LANGENLEBARN und HÖRSCHING“ wird in Bezug auf die „Technische Leistungsfähigkeit“ insbesondere nachfolgendes festgelegt:

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind vom Bieter mindestens zwei jedoch maximal vier Referenzanlagen entsprechend den im LV beschriebenen Tankanlagen vorzustellen, die in den letzten sechs Jahren errichtet und in Betrieb genommen wurden.

Die Referenzanlagen sind entsprechend den Formblättern (1. bis 4.) der Beilage 3 vorzustellen. Diese Formblätter sind vollständig auszufüllen, zu unterfertigen und dem Angebot beizulegen. ...

.....

Sollten von den zu beurteilenden mindestens zwei jedoch maximal vier Referenzanlagen der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für zumindest zwei Referenzen für die Maschinentechnik und zwei Referenzen für die EMSR- Technik nicht erbracht werden, ist das Angebot auszuschneiden.

Eine Vorstellung von weiteren Referenzanlagen nach Angebotseinreichung ist unzulässig.

.....

Dies bedeutet, dass je zwei Referenzen für die Maschinentechnik und je zwei Referenzen für die EMSR-Technik nachzuweisen sind, um insgesamt zwei Referenzanlagen anerkennen zu können.

Folgende Auftragsvolumina der vorgestellten Referenzanlagen dürfen nicht unterschritten werden:

€ 1.500.000,00 je Referenzanlage für den Bereich Maschinentechnik

€ 400.000,00 je Referenzanlage für den Bereich EMSR-Technik

Die Referenzanlagen haben jedoch folgende Mindestkriterien zu erfüllen:

Für den Bereich Maschinentechnik:

Petrochemischer Bereich, Explosionsschutz und Edelstahlverrohrung entsprechend 1. und 2. Formblatt der Beilage 3.

Für den Bereich EMSR-Technik:

Petrochemischer Bereich, Explosionsschutz, Füllbühnenterminal und EMSR-Technik entsprechend 3. und 4. Formblatt der Beilage 3.

Die Referenzanlagen müssen den Forderungen der o.a. Formblätter in vollem Umfang entsprechen und werden gegebenenfalls von den Vertretern des BMLV einer maschinen- und elektrotechnischen Prüfung unterzogen. D.h. sollten nicht alle Forderungen erfüllt, d.h. mit „ja“ bestätigt sein, führt dies zum Ausscheiden des Angebotes.

Die am 2. Mai 2007 erfolgte Angebotsöffnung ergab nachfolgende Bieterreihung:

- | | |
|--|----------------|
| 1. 1.Ziffer eins | |
| F*** | € 6.498.410,44 |
| 2. 2.Ziffer 2 | |
| D*** | € 6.615.249,54 |
| 3. 3.Ziffer 3 | |
| E*** | € 6.710.568,24 |
| 4. 4.Ziffer 4 | |
| Bietergemeinschaft A***/B*** (= Antragsteller) | € 7.769.750,00 |
| 5. 5.Ziffer 5 | |
| C*** | € 7.887.110,90 |

Laut Protokoll des Auftraggebers vom 7. August 2007 wurde – neben den Bietern D*** und E*** – auch die Bieterin C*** mit nachfolgender Begründung ausgeschieden:

3 von 4 mit dem Angebot vorgestellten Referenzanlagen entsprechen nicht den Bestimmungen der Angebotseinholung.

Mit Telefax vom 9. August 2007 wurden unter dem Betreff „Ausscheiden des Angebotes gemäß § 129 BVergG“ der C***, der Bietergemeinschaft D*** sowie der E*** mitgeteilt, dass deren Angebote auszuschneiden waren. Die Zustellung erfolgte offensichtlich erst am 20. August 2007 (siehe Sendebestätigung „Mo 20. Aug.“). Gegen diese Entscheidung wurde von keinem der drei Bieter ein Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt eingebracht. Mit Telefax vom 9. August 2007 wurden unter dem Betreff „Ausscheiden des Angebotes gemäß Paragraph 129, BVergG“ der C***, der Bietergemeinschaft D*** sowie der E*** mitgeteilt, dass deren Angebote auszuschneiden waren. Die Zustellung erfolgte offensichtlich erst am 20. August 2007 (siehe Sendebestätigung „Mo 20. Aug.“). Gegen diese Entscheidung wurde von keinem der drei Bieter ein Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt eingebracht.

Mittels Telefax vom 19. September 2007 erging an die F*** die Mitteilung, dass deren Angebot gemäß § 129 Abs 1 BVergG ebenfalls auszuschneiden war. Begründend wurde ausgeführt, dass keine der vorgestellten Referenzanlagen den Forderungen der Formblätter in vollem Umfang entsprach und somit der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für zumindest zwei Referenzen für die EMSR-Technik nicht erbracht wurde. Auch diese Entscheidung des Auftraggebers wurde nicht angefochten. Mittels Telefax vom 19. September 2007 erging an die F*** die Mitteilung, dass deren Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, BVergG ebenfalls auszuschneiden war. Begründend wurde ausgeführt, dass keine der vorgestellten Referenzanlagen den Forderungen der Formblätter in vollem Umfang entsprach und somit der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für zumindest zwei Referenzen für die EMSR-Technik nicht erbracht wurde. Auch diese Entscheidung des Auftraggebers wurde nicht angefochten.

Mit Telefax vom 27. November 2007 teilte der Auftraggeber den Antragstellern unter dem Betreff „Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung“ mit, dass deren Angebot für den Zuschlag in Aussicht genommen wurde.

Die Revisionsabteilung (RevA) des BMLV erstattete am 12. Dezember 2007 eine (erste) Einsichtsbemerkung mit der Empfehlung, das Vergabeverfahren im Hinblick auf die Gebahrungsgrundsätze gemäß § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 zu widerrufen und der gleichzeitigen Forderung, den Punkt über die technische Leistungsfähigkeit im Ausschreibungstext zu überarbeiten und neuerlich auszuschreiben. Die RevA begründete dies im Wesentlichen damit, dass die Mindestkriterien zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit „sehr eng“ gesteckt wurden und den Rahmen, der in § 75 BVergG 2006 festgelegt wurde, übersteigen. Weiters würde aufgrund des hohen Preisunterschiedes beim Zuschlag an den einzig verbliebenen Bieter die Gefahr bestehen, dass dem Auftraggeber ein bedeutender vermögensrechtlicher Nachteil erwächst. Die Revisionsabteilung (RevA) des BMLV erstattete am 12. Dezember 2007 eine (erste) Einsichtsbemerkung mit der Empfehlung, das Vergabeverfahren im Hinblick auf die Gebahrungsgrundsätze gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 zu widerrufen und der gleichzeitigen Forderung, den Punkt über die technische Leistungsfähigkeit im Ausschreibungstext zu überarbeiten und neuerlich auszuschreiben. Die RevA begründete dies im Wesentlichen damit, dass die Mindestkriterien zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit „sehr eng“ gesteckt wurden und den Rahmen, der in Paragraph 75, BVergG 2006 festgelegt wurde, übersteigen. Weiters würde aufgrund des hohen Preisunterschiedes beim Zuschlag an den einzig verbliebenen Bieter die Gefahr bestehen, dass dem Auftraggeber ein bedeutender vermögensrechtlicher Nachteil erwächst.

Die Kaufmännische Abteilung (KA) sprach sich gegen diese Empfehlung aus (vgl. Einsichtsbemerkung), da die engen Bestimmungen über die Referenzanlagen dazu dienen mussten, dass nur geeignete branchenspezifische Unternehmen mit der nötigen technischen Leistungsfähigkeit und Erfahrung als Auftragnehmer in Betracht kommen sollten. Der preislich niedrigste Bieter konnte diese Forderungen an die Referenzanlagen nicht im vollen Umfang erfüllen, hat daher auch niedriger angeboten und sein Ausscheiden ohne Einwendung zur Kenntnis genommen. Abschließend wurde die RevA ersucht, die getroffene Vergabeentscheidung neu zu beurteilen. Die Kaufmännische Abteilung (KA) sprach sich gegen diese Empfehlung aus (vergleiche Einsichtsbemerkung), da die engen Bestimmungen über die Referenzanlagen dazu dienen mussten, dass nur geeignete branchenspezifische Unternehmen mit der nötigen technischen Leistungsfähigkeit und Erfahrung als Auftragnehmer in Betracht kommen sollten. Der preislich niedrigste Bieter konnte diese Forderungen an die Referenzanlagen nicht im vollen Umfang erfüllen, hat daher auch niedriger angeboten und sein Ausscheiden ohne Einwendung zur Kenntnis genommen. Abschließend wurde die RevA ersucht, die getroffene Vergabeentscheidung neu zu beurteilen.

In der 2. Einsichtsbemerkung (2. Jänner 2008) hielt die RevA an ihrer Empfehlung vom 12. Dezember 2007 vollinhaltlich fest, wobei wiederum auf die eng gesteckten Mindestkriterien sowie auf den fast 20 % höheren Preis hingewiesen wurde.

Mit Telefax vom 11. Jänner 2008 teilte der Auftraggeber den Antragstellern schließlich mit, dass es beabsichtigt ist, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Zur Begründung wurde auf § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 hingewiesen, wonach ein Vergabeverfahren widerrufen werden kann, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 nur ein Angebot bleibt. Mit Telefax vom 11. Jänner 2008 teilte der Auftraggeber den Antragstellern schließlich mit, dass es beabsichtigt ist, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Zur Begründung wurde auf Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 hingewiesen, wonach ein Vergabeverfahren widerrufen werden kann, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß Paragraph 129, nur ein Angebot bleibt.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen und Zulässigkeit des Antrages
I. Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 5.500.000,-- und liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 5.500.000,-- und liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im vollen Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im vollen Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen 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 a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabesachverständigen damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichterklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabesachverständigen damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichterklärung 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.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages
II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

1. 1. Ziffer eins

Zum Vorbringen der Antragsteller bezüglich „Nichtvorliegen eines Ausscheidensgrundes im Angebot von C***:

Gemäß § 139 Abs 2 Z 2 BVergG kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 nur ein Angebot bleibt. Aus den vorgelegten Vergabeunterlagen ist evident ersichtlich, dass der Auftraggeber vier Angebote aufgrund des fehlenden Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit gemäß § 129 Abs 3 BVergG mittels Telefax nachweislich ausgeschieden hat (siehe Sachverhaltsfeststellungen). Diese Ausscheidensentscheidungen wurden von keinem Bieter bekämpft und sind somit diesen Bietern gegenüber „rechtskräftig“ geworden (zu dieser Problematik siehe grundsätzlich BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67 und BVA 12.6.2007, N/0038-BVA/12/2007-19). Soweit die Antragsteller darauf hinweisen, dass der Auftraggeber die C*** – vor Ausscheidung ihres Angebotes – zur Verbesserung auffordern hätte müssen, verkennen sie den klaren und unmissverständlichen Wortlaut der (bestandkräftigen) Ausschreibung. Beim Angebot der C*** wurde hinsichtlich

zweier Referenzanlagen das vom Auftraggeber geforderte Auftragsvolumen unterschritten bzw. im Formblatt zweimal „Füllbühnenterminal“ mit „nein“ angekreuzt. Durch diese Festlegung („D.h. sollten nicht alle Forderungen erfüllt, d.h. mit „ja“ bestätigt sein, führt dies zum Ausscheiden des Angebotes.“) brachte der Auftraggeber zum Ausdruck, dass ein allfälliges Fehlen dieser Mindestanforderungen das (sofortige) Ausscheiden des Angebotes zur Folge hat, was sich schon aus dem Umstand erhellt, dass eine allfällige Mängelbehebung (in concreto: Änderung der ursprünglichen Angabe des Bieters hinsichtlich der Erfüllung von Mindestvorgaben im Formular von „nein“ auf „ja“) jedenfalls den in § 127 Abs 1 BVergG zulässigen Rahmen übersteigen würde. Dies gilt im Übrigen auch für jene Mängel der – den Antragstellern preislich – vorgereichten, ebenfalls ausgeschiedenen Bieter. Gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß Paragraph 129, nur ein Angebot bleibt. Aus den vorgelegten Vergabeunterlagen ist evident ersichtlich, dass der Auftraggeber vier Angebote aufgrund des fehlenden Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG mittels Telefax nachweislich ausgeschieden hat (siehe Sachverhaltsfeststellungen). Diese Ausscheidensentscheidungen wurden von keinem Bieter bekämpft und sind somit diesen Bietern gegenüber „rechtskräftig“ geworden (zu dieser Problematik siehe grundsätzlich BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67 und BVA 12.6.2007, N/0038- BVA/12/2007-19). Soweit die Antragsteller darauf hinweisen, dass der Auftraggeber die C*** – vor Ausscheidung ihres Angebotes – zur Verbesserung auffordern hätte müssen, verkennen sie den klaren und unmissverständlichen Wortlaut der (bestandkräftigen) Ausschreibung. Beim Angebot der C*** wurde hinsichtlich zweier Referenzanlagen das vom Auftraggeber geforderte Auftragsvolumen unterschritten bzw. im Formblatt zweimal „Füllbühnenterminal“ mit „nein“ angekreuzt. Durch diese Festlegung („D.h. sollten nicht alle Forderungen erfüllt, d.h. mit „ja“ bestätigt sein, führt dies zum Ausscheiden des Angebotes.“) brachte der Auftraggeber zum Ausdruck, dass ein allfälliges Fehlen dieser Mindestanforderungen das (sofortige) Ausscheiden des Angebotes zur Folge hat, was sich schon aus dem Umstand erhellt, dass eine allfällige Mängelbehebung (in concreto: Änderung der ursprünglichen Angabe des Bieters hinsichtlich der Erfüllung von Mindestvorgaben im Formular von „nein“ auf „ja“) jedenfalls den in Paragraph 127, Absatz eins, BVergG zulässigen Rahmen übersteigen würde. Dies gilt im Übrigen auch für jene Mängel der – den Antragstellern preislich – vorgereichten, ebenfalls ausgeschiedenen Bieter.

Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass der Tatbestand des § 139 Abs 2 Z 2 BVergG – jedenfalls seinem Wortlaut nach – unstrittig erfüllt ist. Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass der Tatbestand des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG – jedenfalls seinem Wortlaut nach – unstrittig erfüllt ist.

1. 2. Ziffer 2

Zum Vorbringen der Antragsteller bezüglich „fehlerhafte Ermessensübung bei der Widerrufsentscheidung“:

Den Antragstellern ist zunächst beizupflichten, dass der Tatbestand des § 139 Abs 2 Z 2 BVergG nicht dahingehend ausgelegt werden kann, dass dem Auftraggeber ein „schrankenloses“ Ermessen hinsichtlich der Entscheidung, ein Vergabeverfahren zu widerrufen, zustünde (siehe dazu Schramm/Öhler/Stickler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 – Kommentar [2005] §§ 104 – 105 Rz 50ff). Jedoch kann den Antragstellern in ihrer Rechtsauffassung, wonach der Auftraggeber durch die am 27. November 2007 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung bereits von seinem Ermessen, nämlich im Sinne einer „(beabsichtigten) Zuschlagserteilung“ (gleichsam unwiderruflich) Gebrauch gemacht hätte, nicht gefolgt werden. Gemäß § 2 Z 48 BVergG ist die Zuschlagsentscheidung die an Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Durch die Wortfolge „nicht verbindliche“ soll verdeutlicht werden, dass die Zuschlagsentscheidung lediglich eine vorläufige Wissenserklärung, an welchen Bieter die Zuschlagserteilung vorgesehen ist, darstellt; zivilrechtliche Ansprüche auf den Vertragsabschluss sind dagegen aus deren Bekanntgabe nicht ableitbar (siehe RV 1171 BlgNR 22. GP 21). Infolge dessen steht es dem Auftraggeber daher jederzeit offen, eine – nach außen bekannt gegebene – Zuschlagsentscheidung wieder zurückzunehmen (auch konkludent durch Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung). Den Antragstellern ist zunächst beizupflichten, dass der Tatbestand des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG nicht dahingehend ausgelegt werden kann, dass dem Auftraggeber ein „schrankenloses“ Ermessen hinsichtlich der Entscheidung, ein Vergabeverfahren zu widerrufen, zustünde (siehe dazu Schramm/Öhler/Stickler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 – Kommentar [2005] Paragraphen 104, – 105 Rz 50ff). Jedoch kann den Antragstellern in ihrer Rechtsauffassung, wonach der Auftraggeber durch die am 27. November 2007 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung bereits von seinem Ermessen, nämlich im Sinne einer „(beabsichtigten) Zuschlagserteilung“ (gleichsam unwiderruflich) Gebrauch gemacht hätte, nicht gefolgt

werden. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG ist die Zuschlagsentscheidung die an Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Durch die Wortfolge „nicht verbindliche“ soll verdeutlicht werden, dass die Zuschlagsentscheidung lediglich eine vorläufige Wissenserklärung, an welchen Bieter die Zuschlagserteilung vorgesehen ist, darstellt; zivilrechtliche Ansprüche auf den Vertragsabschluss sind dagegen aus deren Bekanntgabe nicht ableitbar (siehe Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 21). Infolge dessen steht es dem Auftraggeber daher jederzeit offen, eine – nach außen bekannt gegebene – Zuschlagsentscheidung wieder zurückzunehmen (auch konkludent durch Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung).

Zum Tatbestand des § 139 Abs 2 BVergG ist allgemein festzuhalten, dass im Hinblick auf die Judikatur des EuGH an die Bestimmung kein strenger Maßstab anzulegen ist, da nach den Ausführungen des EuGH der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig ist (richtungweisend EuGH 16.9.1999, Rs C-27/98, Fracasso und Leitschutz, Rn 23ff). Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa aufgrund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert usw. Ein Widerruf ist etwa auch bei festgestellten generell überhöhten Preisen zulässig, wenn der Auftraggeber etwa Preisabsprachen vermutet oder wenn er Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln. Gründe gemäß Abs 2 können auch dann vorliegen, wenn diese durch den Auftraggeber schuldhaft (z.B. grob fahrlässig) verursacht wurden. In diesem Fall ist der Auftraggeber unter Umständen zum Widerruf verpflichtet, wird aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechtes schadenersatzpflichtig (RV 1171 BlgNR 22. GP 89). Die erläuternden Ausführungen zu den Tatbeständen des Abs 2 stellen jedenfalls klar, dass es sich um eine demonstrative Aufzählung von sachlichen Gründen handelt (vgl. vor allem die Wortfolge „etwa“). Zum Tatbestand des Paragraph 139, Absatz 2, BVergG ist allgemein festzuhalten, dass im Hinblick auf die Judikatur des EuGH an die Bestimmung kein strenger Maßstab anzulegen ist, da nach den Ausführungen des EuGH der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig ist (richtungweisend EuGH 16.9.1999, Rs C-27/98, Fracasso und Leitschutz, Rn 23ff). Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa aufgrund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert usw. Ein Widerruf ist etwa auch bei festgestellten generell überhöhten Preisen zulässig, wenn der Auftraggeber etwa Preisabsprachen vermutet oder wenn er Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln. Gründe gemäß Absatz 2, können auch dann vorliegen, wenn diese durch den Auftraggeber schuldhaft (z.B. grob fahrlässig) verursacht wurden. In diesem Fall ist der Auftraggeber unter Umständen zum Widerruf verpflichtet, wird aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechtes schadenersatzpflichtig (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 89). Die erläuternden Ausführungen zu den Tatbeständen des Absatz 2, stellen jedenfalls klar, dass es sich um eine demonstrative Aufzählung von sachlichen Gründen handelt (vergleiche vor allem die Wortfolge „etwa“).

Aus der (zeitlich zwischen Bekanntgabe der Zuschlags- und Widerrufsentscheidung) organisationsintern hervorgehenden Korrespondenz des Auftraggebers ist ersichtlich, dass ein Grund für die letztlich erfolgte Widerrufsentscheidung offenbar die seitens des Auftraggebers zu „eng gesteckten“ Eignungsanforderungen, die lediglich eine einzige Bietergemeinschaft (nämlich jene der Antragsteller) erfüllen konnten, darstellt. Die (in zwei Einsichtbemerkungen getätigten) Ausführungen der Revisionsabteilung (RevA), wonach die in der Ausschreibung vorgesehenen Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit den in § 75 BVergG festgelegten Rahmen übersteigen würden, verdeutlichen, dass die (strengen) Anforderungen in der Ausschreibung (schließlich) dazu geführt haben, dass im Vergabeverfahren nur noch ein Angebot mit einem Preis, welches den geschätzten (Netto-)Auftragswert um mehr als € 2 Mio übersteigt, verblieben ist. Ob jedoch die seitens des Auftraggebers aufgestellten Eignungsanforderungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit tatsächlich den Rahmen des § 75 BVergG überschreiten, kann gegenständlich jedenfalls dahinstehen. Dies erhellt sich schon aus dem Umstand, dass es dem Bundesvergabeamt – aufgrund der dem BVergG 2006 zugrunde liegende Konzeption – ausdrücklich verwehrt ist, die Rechtswidrigkeit bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (RV 1171 BlgNR 22. GP 138). Aus der (zeitlich zwischen Bekanntgabe der Zuschlags- und Widerrufsentscheidung) organisationsintern hervorgehenden Korrespondenz des Auftraggebers ist ersichtlich, dass ein Grund für die letztlich

erfolgte Widerrufsentscheidung offenbar die seitens des Auftraggebers zu „eng gesteckten“ Eignungsanforderungen, die lediglich eine einzige Bietergemeinschaft (nämlich jene der Antragsteller) erfüllen konnten, darstellt. Die (in zwei Einsichtbemerkungen getätigten) Ausführungen der Revisionsabteilung (RevA), wonach die in der Ausschreibung vorgesehenen Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit den in Paragraph 75, BVergG festgelegten Rahmen übersteigen würden, verdeutlichen, dass die (strengen) Anforderungen in der Ausschreibung (schließlich) dazu geführt haben, dass im Vergabeverfahren nur noch ein Angebot mit einem Preis, welches den geschätzten (Netto-)Auftragswert um mehr als € 2 Mio übersteigt, verblieben ist. Ob jedoch die seitens des Auftraggebers aufgestellten Eignungsanforderungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit tatsächlich den Rahmen des Paragraph 75, BVergG überschreiten, kann gegenständlich jedenfalls dahinstehen. Dies erhellt sich schon aus dem Umstand, dass es dem Bundesvergabeamt – aufgrund der dem BVergG 2006 zugrunde liegende Konzeption – ausdrücklich verwehrt ist, die Rechtswidrigkeit bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 138).

Nach Schramm/Öhler/Stickler ist ein Widerruf jedenfalls dann geboten, wenn eine Weiterführung des Verfahrens Willkür oder Rechtsmissbrauch darstellen oder gegen die allgemeinen Grundsätze der Leistungsvergabe verstoßen würde. Ein Widerruf ist jedenfalls dann rechtswidrig, wenn er willkürlich oder rechtsmissbräuchlich erfolgt. Willkür liegt zum Beispiel dann vor, wenn der Widerruf gar nicht erforderlich ist, um das vorliegende Problem zu lösen, weil er nicht das gelindeste geeignete Mittel ist (siehe Schramm/Öhler/Stickler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §§ 104 – 105 Rz 52). Dass aber das „vorliegende Problem“ (in concreto: zu „eng gesteckte“ Eignungskriterien und demzufolge ein zu hoher Angebotspreis des einzig verbliebenen Bieters) nur mit der Erklärung des Widerrufs und einer anschließenden (den Rahmen des § 75 BVergG nicht übersteigenden) Neuausschreibung für den Auftraggeber zu lösen ist, erscheint zumindest plausibel und ist keinesfalls als willkürliche Handhabung des dem Auftraggeber zustehenden Ermessens zu qualifizieren. Dass die vorliegende Widerrufsentscheidung – im Ergebnis – jedenfalls zu Recht erfolgt ist, ergibt sich im Übrigen bereits aus den Ausführungen der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung, wonach der Auftraggeber durch die streng reglementierten Eignungsanforderungen „bewusst auf einen Wettbewerb verzichtet“ hätte (vgl. Verhandlungsschrift vom 27. Februar 2008). Folgte man ausschließlich diesem Vorbringen, so war der Auftraggeber schon deshalb zum Widerruf berechtigt (wenn nicht gar verpflichtet), da – mangels Vergleichbarkeit von mehreren Angeboten – kein Bieterwettbewerb stattfinden konnte. Nach Schramm/Öhler/Stickler ist ein Widerruf jedenfalls dann geboten, wenn eine Weiterführung des Verfahrens Willkür oder Rechtsmissbrauch darstellen oder gegen die allgemeinen Grundsätze der Leistungsvergabe verstoßen würde. Ein Widerruf ist jedenfalls dann rechtswidrig, wenn er willkürlich oder rechtsmissbräuchlich erfolgt. Willkür liegt zum Beispiel dann vor, wenn der Widerruf gar nicht erforderlich ist, um das vorliegende Problem zu lösen, weil er nicht das gelindeste geeignete Mittel ist (siehe Schramm/Öhler/Stickler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraphen 104, – 105 Rz 52). Dass aber das „vorliegende Problem“ (in concreto: zu „eng gesteckte“ Eignungskriterien und demzufolge ein zu hoher Angebotspreis des einzig verbliebenen Bieters) nur mit der Erklärung des Widerrufs und einer anschließenden (den Rahmen des Paragraph 75, BVergG nicht übersteigenden) Neuausschreibung für den Auftraggeber zu lösen ist, erscheint zumindest plausibel und ist keinesfalls als willkürliche Handhabung des dem Auftraggeber zustehenden Ermessens zu qualifizieren. Dass die vorliegende Widerrufsentscheidung – im Ergebnis – jedenfalls zu Recht erfolgt ist, ergibt sich im Übrigen bereits aus den Ausführungen der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung, wonach der Auftraggeber durch die streng reglementierten Eignungsanforderungen „bewusst auf einen Wettbewerb verzichtet“ hätte (vergleiche Verhandlungsschrift vom 27. Februar 2008). Folgte man ausschließlich diesem Vorbringen, so war der Auftraggeber schon deshalb zum Widerruf berechtigt (wenn nicht gar verpflichtet), da – mangels Vergleichbarkeit von mehreren Angeboten – kein Bieterwettbewerb stattfinden konnte.

Soweit die Antragsteller den gegenständlich angegebenen geschätzten Auftragswert von € 5,5 Mio als „unglaublich“ bezeichnen, verkennen sie zunächst, dass – selbst im Falle des Zutreffens dieser Behauptung – dieser Betrag insofern Bestandskraft erlangt hat, als die Antragsteller die gegenständliche Ausschreibung nicht innerhalb der in § 321 Abs 2 BVergG vorgesehenen Frist angefochten haben (zur Bestandskraft von gesondert anfechtbaren Entscheidungen siehe RV 1171 BlgNR 22. GP 137f sowie etwa VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239). Nach der Rechtsprechung des BVA bezieht sich jedoch die Präklusion auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden (BVA 6.12.2007, N/0079-BVA/15/2007-74). In der zitierten Entscheidung führte das BVA aus, dass die Höhe des ermittelten Auftragswertes den Bietern erst im Zuge der Angebotsöffnung bekannt gegeben wurde. Erst zu diesem Zeitpunkt ist diese „Festlegung“ des Auftraggebers nach außen hin in

Erscheinung getreten. Folgerichtig war die Höhe des geschätzten Auftragswertes nicht Bestandteil der (präkludierten) Ausschreibung und somit einer Anfechtung nicht entzogen (in diesem Sinne auch BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67). Aus diesen Ausführungen ist im Umkehrschluss zu folgern, dass die Höhe des geschätzten Auftragswertes jedenfalls dann Bestandteil der (präkludierten) Ausschreibung wird, wenn diese den Bietern in transparenter Weise (wie gegenständlich durch die EU-weite Bekanntmachung) zur Kenntnis gebracht wurde. Soweit die Antragsteller den gegenständlich angegebenen geschätzten Auftragswert von € 5,5 Mio als „unglaublich“ bezeichnen, verkennen sie zunächst, dass – selbst im Falle des Zutreffens dieser Behauptung – dieser Betrag insofern Bestandkraft erlangt hat, als die Antragsteller die gegenständliche Ausschreibung nicht innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 2, BVergG vorgesehenen Frist angefochten haben (zur Bestandkraft von gesondert anfechtbaren Entscheidungen siehe Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 137f sowie etwa VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239). Nach der Rechtsprechung des BVA bezieht sich jedoch die Präklusion auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden (BVA 6.12.2007, N/0079-BVA/15/2007-74). In der zitierten Entscheidung führte das BVA aus, dass die Höhe des ermittelten Auftragswertes den Bietern erst im Zuge der Angebotsöffnung bekannt gegeben wurde. Erst zu diesem Zeitpunkt ist diese „Festlegung“ des Auftraggebers nach außen hin in Erscheinung getreten. Folgerichtig war die Höhe des geschätzten Auftragswertes nicht Bestandteil der (präkludierten) Ausschreibung und somit einer Anfechtung nicht entzogen (in diesem Sinne auch BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67). Aus diesen Ausführungen ist im Umkehrschluss zu folgern, dass die Höhe des geschätzten Auftragswertes jedenfalls dann Bestandteil der (präkludierten) Ausschreibung wird, wenn diese den Bietern in transparenter Weise (wie gegenständlich durch die EU-weite Bekanntmachung) zur Kenntnis gebracht wurde.

In diesem Zusammenhang ist jedoch auf die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens hinzuweisen und festzuhalten, dass der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert entgegen § 13 Abs 3 BVergG vor der Durchführung des Vergabeverfahrens nicht sachkundig ermittelt hat (zum nicht ordnungsgemäß ermittelten Auftragswert und dessen Konsequenzen siehe bereits Heid/Schiefer, Geschätzter versus tatsächlicher Auftragswert, TCA-Newsletter 2001/2, 9). Der geschätzte Auftragswert ist jener Wert, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber, unter Umständen nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes (z.B. durch Prüfung verschiedener Firmenkataloge) und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung, bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistung veranschlagen würde. Ist der Auftraggeber dazu nicht im Stande, so hat er entsprechende sachkundige Dritte beizuziehen (RV 1171 BlgNR 22. GP 34f). Eine – gerichtlich überprüfbare – nachvollziehbare Kostenschätzung iSd § 13 Abs 3 BVergG konnte dem Vergabeakt jedoch nicht entnommen werden und liegt auch nicht vor (siehe Unterlagen des Auftraggebers bzw. Aussagen in der mündlichen Verhandlung). Die in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Tabelle (= Angebotssummen der Bieter im vorangegangenen Vergabeverfahren), welche als „Basis“ für den geschätzten Auftragswert im gegenständlichen Vergabeverfahren herangezogen wurde, stellt jedenfalls keine sachkundige Ermittlung iSd § 13 Abs 3 BVergG dar. In diesem Zusammenhang ist jedoch auf die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens hinzuweisen und festzuhalten, dass der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert entgegen Paragraph 13, Absatz 3, BVergG vor der Durchführung des Vergabeverfahrens nicht sachkundig ermittelt hat (zum nicht ordnungsgemäß ermittelten Auftragswert und dessen Konsequenzen siehe bereits Heid/Schiefer, Geschätzter versus tatsächlicher Auftragswert, TCA-Newsletter 2001/2, 9). Der geschätzte Auftragswert ist jener Wert, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber, unter Umständen nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes (z.B. durch Prüfung verschiedener Firmenkataloge) und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung, bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistung veranschlagen würde. Ist der Auftraggeber dazu nicht im Stande, so hat er entsprechende sachkundige Dritte beizuziehen Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 34f). Eine – gerichtlich überprüfbare – nachvollziehbare Kostenschätzung iSd Paragraph 13, Absatz 3, BVergG konnte dem Vergabeakt jedoch nicht entnommen werden und liegt auch nicht vor (siehe Unterlagen des Auftraggebers bzw. Aussagen in der mündlichen Verhandlung). Die in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Tabelle (= Angebotssummen der Bieter im vorangegangenen Vergabeverfahren), welche als „Basis“ für den geschätzten Auftragswert im gegenständlichen Vergabeverfahren herangezogen wurde, stellt jedenfalls keine sachkundige Ermittlung iSd Paragraph 13, Absatz 3, BVergG dar.

Da jedoch dem Bundesvergabeamt keine Befugnis zukommt, die fehlende sachkundige Ermittlung der Kostenschätzung (gleichsam hypothetisch) nachzuholen und somit anstelle des Auftraggebers tätig zu werden (siehe zu dieser Problematik bereits BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32, RPA 2007, 136 [Hofer] sowie Etlinger,

Unvollständige Angebotsprüfung:

Keine Substitution durch das BVA, RPA 2007, 119), ist der – bestandkräftige – geschätzte Auftragswert von € 5,5 Mio insofern heranzuziehen, als die Nettoangebotssumme des (nunmehr) einzig verbliebenen Angebotes um fast 30% über dem genannten Betrag liegt. Nach der Rechtsprechung des OGH wird jedoch bereits das Überschreiten der marktüblichen Preise um 20% als Umstand, der einen Widerruf der Ausschreibung jedenfalls rechtfertigt, anerkannt (siehe OGH 2.3.2000, 2 Ob 20/00f; zur sachlichen Rechtfertigung des Widerrufs wegen Überschreitung der Schätzkosten um ca. 24% siehe auch UVS OÖ 13.10.2006, VwSen-550288 – „Messcenter West“, RPA 2006, 304 [Reisner]). Zu dieser Problematik weist Heid darauf hin, dass es vergaberechtlich bedenklich ist, wenn (fast) alle Angebotspreise von der durchgeführten Kostenschätzung abweichen (Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 73). Da gegenständlich bereits die drei vor den Antragstellern gereichten Bieter mit ihren Nettoangebotssummen deutlich über dem angegebenen Schätzwert lagen und schließlich nur mehr jenes Angebot, dessen Nettoangebotssumme um fast € 1,3 Mio über dem billigsten lag, im Vergabeverfahren verblieben ist, kann auch aus diesem Grunde keine willkürliche Inanspruchnahme hinsichtlich des Tatbestandes des § 139 Abs 2 Z 2 BVergG erkannt werden. Keine Substitution durch das BVA, RPA 2007, 119), ist der – bestandkräftige – geschätzte Auftragswert von € 5,5 Mio insofern heranzuziehen, als die Nettoangebotssumme des (nunmehr) einzig verbliebenen Angebotes um fast 30% über dem genannten Betrag liegt. Nach der Rechtsprechung des OGH wird jedoch bereits das Überschreiten der marktüblichen Preise um 20% als Umstand, der einen Widerruf der Ausschreibung jedenfalls rechtfertigt, anerkannt (siehe OGH 2.3.2000, 2 Ob 20/00f; zur sachlichen Rechtfertigung des Widerrufs wegen Überschreitung der Schätzkosten um ca. 24% siehe auch UVS OÖ 13.10.2006, VwSen-550288 – „Messcenter West“, RPA 2006, 304 [Reisner]). Zu dieser Problematik weist Heid darauf hin, dass es vergaberechtlich bedenklich ist, wenn (fast) alle Angebotspreise von der durchgeführten Kostenschätzung abweichen (Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 73). Da gegenständlich bereits die drei vor den Antragstellern gereichten Bieter mit ihren Nettoangebotssummen deutlich über dem angegebenen Schätzwert lagen und schließlich nur mehr jenes Angebot, dessen Nettoangebotssumme um fast € 1,3 Mio über dem billigsten lag, im Vergabeverfahren verblieben ist, kann auch aus diesem Grunde keine willkürliche Inanspruchnahme hinsichtlich des Tatbestandes des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG erkannt werden.

Zusammenfassend vermögen daher die Ausführungen der Antragsteller, die im Ergebnis daraus hinausliefen, dass der Auftraggeber verpflichtet wäre, der verbliebenen Bietergemeinschaft den Zuschlag zu erteilen, nicht zu überzeugen, da aufgrund obiger Darlegungen die Ermessensausübung des Auftraggebers iSd § 139 Abs 2 Z 2 BVergG nicht als überschritten anzusehen ist. Zusammenfassend vermögen daher die Ausführungen der Antragsteller, die im Ergebnis daraus hinausliefen, dass der Auftraggeber verpflichtet wäre, der verbliebenen Bietergemeinschaft den Zuschlag zu erteilen, nicht zu überzeugen, da aufgrund obiger Darlegungen die Ermessensausübung des Auftraggebers iSd Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG nicht als überschritten anzusehen ist.

1. 3. Ziffer 3

Zum Antrag auf Gebührenersatz:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Da die Antragsteller – mangels Stattgabe des Hauptantrages – als nicht obsiegend einzustufen sind, war der Gebührenersatzanspruch ebenfalls abzuweisen. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Da die Antragsteller – mangels Stattgabe des Hauptantrages – als nicht obsiegend einzustufen sind, war der Gebührenersatzanspruch ebenfalls abzuweisen.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung, Widerruf, Ermessen, geschätzter Auftragswert, Angebotspreis, Willkür, Absichtserklärung, Ausscheiden von Angeboten;

Dokumentnummer

VERGT_20080304_N_0013_BVA_12_2008_20_00

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