

TE Verg Bescheid 2008/2/21 VKS-9311/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.02.2008

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1
WVRG 2007 §2 Abs1
WVRG 2007 §11 Abs2
WVRG 2007 §13 Abs3
WVRG 2007 §18
WVRG 2007 §19 Abs1 und 3
WVRG 2007 §20 Abs1
WVRG 2007 §22 Abs2
WVRG 2007 §23 Abs1
WVRG 2007 §24 Abs1 Z6
WVRG 2007 §25 Abs1
WVRG 2007 §31
WVRG 2007 §39 in Verbindung mit
BVergG 2006 §2 Z1. 2 und 16 lita sublitaa
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §12 Abs1 Z1
BVergG 2006 §164
BVergG 2006 §169
BVergG 2006 §246 Abs1
BVergG 2006 §269 Abs1 Z5
BVergG 2006 §272
BVergG 2006 §345

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 164 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 169 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 246 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 § 272 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 272 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 272 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 272 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHIED

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden Sen. Präs. des OLG Wien i.R. *** über den Antrag der *** GesmbH, ***, vertreten durch Dr. Wolfgang Kropf, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Vertrages zur Miete von 16 knickgelenkten Schmalspur-Kommunalfahrzeugen inklusive Zubehör, Ausschreibungsnummer B63W2-01/06, durch die Antragsgegnerin, Wiener Linien GmbH und Co KG - Abteilung Bahnbau-B63, Erdbergstraße 202, 1031 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 20.12.2007, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
1. 2.Ziffer 2
Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2007 wird zurückgewiesen.
1. 3.Ziffer 3
Die einstweilige Verfügung vom 2.1.2008 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 4.Ziffer 4
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19 Abs. 1 und 3, 20 Abs. 1, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 31, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 1, 2 und 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 12 Abs. 1 Z 1, 164, 169, 246 Abs. 1 269 Abs. 1 Z 5, 272, 345 BVergG 2006.Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, Absatz eins und 3, 20 Absatz eins, 22, Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 31, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer eins, 2 und 16 Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 12, Absatz eins, Ziffer eins, 164, 169, 246, Absatz eins, 269 Absatz eins, Ziffer 5, 272, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Die Wiener Linien GmbH und Co KG (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) beabsichtigt als öffentliche Auftraggeberin, die im Sektorenbereich tätig ist, die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich die Anmietung von 16 knickgelenkten Schmalspur-Kommunalfahrzeugen inklusive Zubehör. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß europaweit im Amtsblatt der EU am 21.5.2007 erfolgt (SIMAP2-IB: 2007-039627). Das einzige Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“. Alternativangebote und Abänderungsangebote waren nicht zugelassen. Die Angebotsfrist endete am 3.8.2007, 13.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich vier Bieter am Vergabeverfahren, darunter die Antragstellerin, durch Legung von Angeboten beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen.

Die zunächst nach Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin am 24.8.2007 getroffene Zuschlagsentscheidung zugunsten eines anderen Unternehmens, wurde von der Antragstellerin angefochten. Diesbezüglich war das Nachprüfungsverfahren zu VKS-6586/07 anhängig. In diesem Verfahren wurde die (1.) Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin mit Bescheid vom 23.10.2007 mit der wesentlichen Begründung für nichtig erklärt, die Angebotsprüfung sei in mehrfacher Hinsicht mangelhaft gewesen.

In der Folge hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren fortgesetzt und die Angebote einer neuerlichen Prüfung unterzogen.

Mit Schreiben vom 20.12.2007, der Antragstellerin am 21.12.2007 zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, das Angebot der Antragstellerin, da es mehrfach den Ausschreibungsbedingungen nicht entspricht, auszuschneiden. Gleichzeitig hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung zugunsten eines anderen Unternehmens bekannt gegeben.

Gegen diese Entscheidungen, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sowie gegen die Zuschlagsentscheidung wendet sich die Antragstellerin mit ihrem am 24.12.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangten Antrag auf Nichtigerklärung dieser Entscheidungen, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, dass die abermalige Ausscheidung ihres Angebotes zu Unrecht erfolgt sei, weil bei den von der Antragsgegnerin dafür herangezogenen Gründen, die von ihr als „Abweichungen“ bezeichnet werden, es sich lediglich um technische Merkmale handelt, die auf die Preisbildung keinen Einfluss gehabt hätten und daher nicht als Zuschlagskriterien zu werten gewesen wären. Gegen diese Entscheidungen, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sowie gegen die Zuschlagsentscheidung wendet sich die Antragstellerin mit ihrem am 24.12.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangten Antrag auf Nichtigerklärung dieser Entscheidungen, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, dass die abermalige Ausscheidung ihres Angebotes zu Unrecht erfolgt sei, weil bei den von der Antragsgegnerin dafür herangezogenen Gründen, die von ihr als „Abweichungen“ bezeichnet werden, es sich lediglich um technische Merkmale handelt, die auf die Preisbildung keinen Einfluss gehabt hätten und daher nicht als Zuschlagskriterien zu werten gewesen wären.

Im Zuge der fortgesetzten Angebotsprüfung sei die Antragstellerin aufgefordert worden schriftlich zu einigen Punkten des Angebotes Stellung zu nehmen, welcher Aufforderung sie mit Schreiben vom 22.11.2007 entsprochen habe. Bei den von der Antragsgegnerin behaupteten „Abweichungen“ im Angebot der Antragstellerin handle es sich, soweit überhaupt von Abweichungen gesprochen werden könne – etwa bei „der Sitzheizung um ein Plus anstelle eines Minus zur Leistungsbeschreibung, da eine Standheizung bei Modellen aus Skandinavien.....die noch dazu im Winterdienst eingesetzt werden sollen, serienmäßig eingebaut“ sei. In der Folge habe am 5.12.2007 zum selben Themenkreis ein Bietergespräch stattgefunden, in dem nach Ansicht der Antragstellerin alle Vorhaltungen zufriedenstellend aufgeklärt worden sind. Selbst wenn man von Mängeln ausgehen wollte, wären „diese behebbar, wo tatsächlich Abweichungen ausgemacht werden könnten, sei deren Gleichwertig- oder sogar Höherwertigkeit zur Leistungsbeschreibung dargetan worden“. Das von der Antragstellerin gelegte Angebot entspreche daher der Leistungsbeschreibung und wäre nicht auszuschneiden gewesen. Da das Angebot der Bieterin jenes mit dem „niedrigsten Preis“ sei, wäre auch die Zuschlagsentscheidung zugunsten eines anderen Bieters für nichtig zu erklären, zumal in der Ausscheidungsentscheidung „nicht transparent wird, warum die doch um EUR 544.664,-- netto teurere Bieterin letztlich den Vorzug erhalten soll, wenn als einzig ausschlaggebendes Zuschlagskriterium ausdrücklich der niedrigste Preis genannt ist und die eine oder andere allenfalls bei der Antragstellerin vorgefundene Abweichung, die, wie bereits gezeigt wurde entweder leicht behebbar ist oder ohnehin eine gleich- oder höherwertiges Anbotsbestandteil darstellt,

in Ansehung des Gesamtvolumens des Auftrages völlig außer Verhältnis" stehe.

Durch dieses Vorgehen der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens sowie auf Fällung einer gesetzeskonformen Zuschlagserteilung verletzt.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss. Sollte sie den Auftrag nicht erhalten, so drohe ihr der Eintritt eines Schadens von zumindest EUR 6.900,-- (Kosten der bisherigen Beteiligung am Vergabeverfahren, Pauschalgebühren, Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung) sowie der Entgang eines Deckungsbeitrages der zumindest 5 % der Angebotssumme erreiche. Letztlich würde die Antragstellerin einen für sie wichtigen Referenzauftrag verlieren. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig von der beabsichtigten Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens verständigt, die Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich seien beigebracht worden.

Dem Antrag der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition eine einstweilige Verfügung zu erlassen, wurde mit Bescheid vom 2.1.2008 entsprochen. Mit Bescheid vom 7.2.2008 ist die Dauer der einstweiligen Verfügung verlängert worden. Diesbezüglich kann auf den Inhalt der den Parteien zugekommenen Bescheide verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 7.1.2008 hat die Antragsgegnerin inhaltlich zum Nachprüfungsantrag Stellung genommen und dessen Ab- bzw. Zurückweisung beantragt. Im Einzelnen führt sie aus, das Angebot der Antragstellerin weise zahlreiche Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen auf. Trotz eines Aufklärungsschreibens und eines Bietergesprächs sei es der Antragstellerin nicht gelungen, diese Abweichungen aufzuklären. Gerade in einem Fall von gehäuften und eklatanten Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen könne es nicht Aufgabe des Auftraggebers sein, den wahren Willen eines Bieters herauszufinden und einen – von jedem objektiven Erklärungswert abweichenden dahinter liegenden Irrtum – sei es Motiv-, sei es Erklärungsirrtum aufzudecken. Das Angebot der Antragstellerin sei mit nicht behebbaren Mängeln behaftet. In Wahrheit habe die Antragstellerin etwas anderes angeboten, als verlangt worden sei. Selbst wenn man von behebbaren Mängeln ausgehen wollte, bleibe das Faktum „dass nach wie vor tatsächlich Abweichungen gegeben sind, wobei diese Abweichungen nach den Erfahrungen der Antragsgegnerin im Winter- und Räumungsdienst keinesfalls durch gleich- und höherwertige Eigenschaften ausgeglichen werden. Die Fahrzeuge der Antragstellerin weisen ein Förderband statt einer Förderschnecke auf“. Der Vorteil der Schnecke sei eine sehr einfache, kompakte Bauweise, die ein manuelles Eingreifen und Beseitigung von Störungen eher ermöglicht. Insbesondere bei der Verwendung von Salz, wie dies im Einsatzgebiet der Antragsgegnerin ausschließlich der Fall sei, seien diese Vorteile gegeben. Die Antragstellerin habe in ihrem Programm auch Fahrzeuge mit Förderschnecke, ein solches jedoch nicht angeboten. Da das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsbestimmungen widersprochen habe, sei es auszuschneiden gewesen. In der Mitteilung über diese Entscheidung sei die Antragsgegnerin auch ihrer Begründungspflicht in ausreichendem Maße nachgekommen. Da das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen sei, fehle es ihr auch an der Antragslegitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung.

Mit Schriftsatz vom 7.1.2008 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Partei in das Verfahren eingetreten (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) und hat sich gegen die von der Antragstellerin gestellten Anträge auf Nichtigerklärung ausgesprochen. Da das Angebot der Antragstellerin in mehrfacher Hinsicht den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche, sei es zutreffend von der Antragsgegnerin ausgeschieden worden. Neben den von der Antragsgegnerin im Detail ausgeführten Ausscheidungsgründen sei das Angebot der Antragstellerin auch deswegen nicht zu berücksichtigen, weil der von ihr zur Leistungserbringung herangezogene Subunternehmer nicht bereits im Angebot genannt worden ist. Eine nachträgliche Nennung von Subunternehmern sei unzulässig. Letztlich macht die Teilnahmeberechtigte geltend, dass der von der Antragstellerin angebotene Preis eklatant zu niedrig und nicht nachvollziehbar wäre. Diesbezüglich seien Zweifel an der Angemessenheit des Preises geboten. Da die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgt sei, mangle es ihr auch an der Legitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung. Mit Schriftsatz vom 7.1.2008 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Partei in das Verfahren eingetreten (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) und hat sich gegen die von der Antragstellerin gestellten Anträge auf Nichtigerklärung ausgesprochen. Da das Angebot der Antragstellerin in mehrfacher Hinsicht den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche, sei es zutreffend von der Antragsgegnerin ausgeschieden worden. Neben den von der Antragsgegnerin im Detail ausgeführten Ausscheidungsgründen sei das Angebot der Antragstellerin auch deswegen nicht zu berücksichtigen, weil der von ihr zur Leistungserbringung herangezogene Subunternehmer nicht bereits im Angebot genannt worden ist. Eine

nachträgliche Nennung von Subunternehmern sei unzulässig. Letztlich macht die Teilnahmeberechtigte geltend, dass der von der Antragstellerin angebotene Preis eklatant zu niedrig und nicht nachvollziehbar wäre. Diesbezüglich seien Zweifel an der Angemessenheit des Preises geboten. Da die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgt sei, mangle es ihr auch an der Legitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt, trifft der Vergabekontrollsenat an Hand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 21.2.2008 folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin beabsichtigt als öffentliche Auftraggeberin, die im Sektorenbereich tätig ist, die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich die Anmietung von 16 knickgelenkten Schmalspur-Kommunalfahrzeugen mit Zusatzausstattungen für Transport von Werkzeugen und Material, Mähdienst, Laubdienst und Winterdienst in ihrem Einsatzbereich, ohne Beistellung von Personal. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das ordnungsgemäß europaweit ausgeschrieben und kundgemacht wurde. Das einzige Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Alternativangebote und Abänderungsangebote waren nicht zugelassen. Das Ende der Angebotsfrist war der 3.8.2007, 13.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich 4 Bieter am Vergabeverfahren, darunter die Antragstellerin, durch Legung von Angeboten beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen.

In den Ausschreibungsunterlagen sind in den Besonderen Vertragsbestimmungen folgende für das gegenständliche Verfahren bedeutsame Festlegungen enthalten, wozu die entsprechenden Stellen im Angebot der Antragstellerin wiedergegeben werden:

Zum Grundgerät wird hinsichtlich des Fahrerhauses eine „Standheizung mit Zeitschaltung“ verlangt. Diesbezüglich hat die Antragstellerin eine Sitzheizung angeboten.

Zur Ladepritsche werden Aluminiumbordwände klappbar und Aluminiumbordwandaufsätze sowie eine spezielle Korrosionsbeständigkeit der Ladefläche des Kippers verlangt. Dazu hat die Antragstellerin Bordwände in „Stahl verzinkt“ angeboten, jedoch keine Aluminiumbordwandaufsätze. Anstelle der unter der Zusatzausrüstung verlangten Kugelkopfanhängekupplung und Maulkupplung bzw. Kombikupplung hat die Antragstellerin nur eine Kugelkopfanhängevorrichtung angeboten.

Hinsichtlich der Ausstattung aller Fahrzeuge für den Laubdienst und Winterdienst hat die Antragstellerin die für den Laubdienst verlangte Handsaugereinrichtung nicht angeboten.

Bezüglich des Streugerätes entspricht das Angebot der Antragstellerin nur teilweise den Vorgaben in der Ausschreibung. So wird ein Behälterinhalt von 600 l verlangt, ein solcher von 500 l angeboten, anstelle einer Schnecke ein Band und anstelle eines Behälters und aller Blechteile in einer V4A-Stahlausführung ein Behälter aus rostfreiem Stahl angeboten, in welcher Qualität die übrigen Blechteile ausgeführt sind, wird im Angebot der Antragstellerin nicht angegeben.

Im Zuge der Angebotseröffnung am 3.8.2007 wurde das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem billigsten Preis verlesen. Mit Entscheidung vom 3.9.2007 hat die Antragsgegnerin zunächst das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden sowie ihre Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teilnahmeberechtigten erlassen. Diese Entscheidungen wurden von der Antragstellerin seinerzeit angefochten. Ihren Nichtigkeitsanträgen wurde mit Bescheid vom 23.10.2007, VKS-6586/07 stattgegeben.

In der Folge hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren fortgesetzt und zunächst die Bieter befragt, ob sie bereit sind die Bindefrist ihrer Angebote bis 31.12.2007 zu verlängern. Der Verlängerung der Bindefrist haben die Bieter, darunter auch die Antragstellerin, zugestimmt.

Am 19.11.2007 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin eine umfangreiche Liste mit Ausschnitten aus der Leistungsbeschreibung und den betreffenden, davon abweichenden oder fehlenden Teilen im Angebot der Antragstellerin mit dem Ersuchen übermittelt, zu den festgestellten Abweichungen bis 23.11.2007 Stellung zu nehmen. Überdies hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin um Nachweise zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ersucht.

Diese Aufforderung wurde von der Antragstellerin mit Schreiben vom 22.11.2007 (der Antragsgegnerin am 23.11.2007 zugekommen) beantwortet und ist darin auf einzelne Ausstattungsdetails unter anderem wie folgt eingegangen:

„Im Angebot ist die vorhandene Standheizung zwar nicht weiter erwähnt, aber eine solche ist vorhanden und daher mit angeboten; verzinkter Stahl ist qualitativ nach Ansicht der Bieterin zumindest gleich- wenn nicht höherwertig im Vergleich zu Aluminium, da dieser eine höhere Stabilität aufweist. Es können die Bordwände aber auch ohne Aufpreis in Aluminium ausgeführt und geliefert werden; Kugelkopfanhängekupplung und Maulkupplung bzw. Kombikupplung sind ohne Aufpreis lieferbar; der Behälterinhalt kann mit 620 Liter Volumen ohne Aufpreis geliefert werden; es besteht in der Leistung kein Unterschied zwischen Band und Schnecke, das Band ist regelmäßig weniger verschleißanfällig". Bei den meisten anderen Ausstattungsdetails, wie sie in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt sind, wurde von der Antragstellerin lediglich vermerkt „.....ist vorhanden. Das Angebot bezog dies mit ein". Zu den Wartungs- und anderen Dienstleistungen erklärte die Antragstellerin: „Sämtliche Leistungen laut Ausschreibung werden erbracht, das Angebot der Bieterin bezog sich daher auch darauf" und „sämtliche Wartungsarbeiten werden laut Hersteller-Wartungsplan an den bezeichneten Bahnhöfen durchgeführt".

Die Antragsgegnerin hat schließlich am 27.11.2007 die Antragstellerin für den 5.12.2007 zu einem „letzten persönlichen Gespräch" zur Aufklärung ihres Angebotes eingeladen. Für die Antragstellerin hat an diesem Gespräch ihr Rechtsvertreter und „Herr *** von der Herstellerfirma" teilgenommen. Dem Protokoll über dieses Gespräch, das von allen Gesprächsteilnehmern unterschrieben worden ist, ist zu entnehmen, dass die zahlreichen Abweichungen des Angebotes von den Ausschreibungsbestimmungen von der Antragstellerin damit erklärt wurden, dass viele Spezifikationen als selbstverständlich betrachtet worden sind, z.B. die Ausstattung mit einer Standheizung. Außerdem seien für das Angebot teilweise veraltete Werte verwendet worden. Zu den einzelnen Spezifikationen erklärte der Vertreter der Antragstellerin, dass die Standheizung serienmäßig sei, die Bordwand nicht aus Aluminium sei, jedoch das vorgesehene Material gleichwertig wäre, die Abstellstützen serienmäßig vorhanden wären, statt einer geforderten Förderschnecke ein Förderband angeboten worden sei, das jedoch der verlangten Ausführung gleichwertig wäre. Die Stahlqualität sei nicht wie im Angebot „***" sondern serienmäßig V4A, die Streubreite sei variabel. Zur Frage der Erbringung der Wartungsleistungen hat der Vertreter der Antragstellerin ausgeführt, dass diese Leistungen „höchstwahrscheinlich durch einen Subunternehmer vorgenommen werden" sollen.

Im Vergabeakt erliegt die Niederschrift über die Angebotsprüfung, datiert mit 20.12.2007. Darin wird unter anderem auch auf das Angebot der Antragstellerin ausführlich eingegangen und die schriftlichen sowie mündlichen Stellungnahmen der Antragstellerin zu ihrem Angebot im Zuge der Aufklärung wiedergegeben. Zu den einzelnen Abweichungen des Angebotes in Vergleich zu den Ausschreibungsbestimmungen wird in der Niederschrift festgehalten:

„Allgemeine Begründung für die Abweichungen zur Leistungsbeschreibung ist, dass viele Sachen als selbstverständlich betrachtet worden sind, nicht zuletzt deshalb, weil das Fahrzeug für den skandinavischen Markt konzipiert ist und deshalb Ausstattung wie Standheizung selbstverständlich ist, auch ohne sie konkret anzuführen. Die Bieterin hat das 1. Mal ein Angebot in diesem Markt gelegt, das Angebot wurde vom Lieferant *** entsprechend den Angebotsbestimmungen kalkuliert und telefonisch mit der Bieterin abgestimmt. Dadurch und durch teilweise Verwendung veralteter Werte und veralteter Prospekte ist es zu irrtümlichen bzw. missverständlichen Angaben im Angebot gekommen."

Im Einzelnen wird angeführt, dass die Standheizung im beigelegten Prospekt nicht erwähnt ist und eine Rückfrage beim Vertreter des Herstellers ergeben habe, dass die Standheizung nicht serienmäßig ist und als Zubehör um ca. EUR 2.000,- lieferbar ist. Zur angebotenen Sitzheizung wird angemerkt, dass eine solche bei den skandinavischen Fahrzeugherstellern nicht üblich sei und ab Werk um ca. EUR 100,-

lieferbar ist.

Zum Problem des im Angebot der Antragstellerin vorgesehenen Förderbandes anstelle der nach der Ausschreibung verlangten Förderschnecke wird in der Niederschrift festgehalten:

„Die Erfahrung des Lieferanten *** zeigt, dass nach Ansicht der Bieterin die Ausstattung mit Band weniger anfällig ist, da sich bei nicht sorgfältiger Reinigung die Schnecke bei Wiederinbetriebnahme abdrehen kann. *** hat diesbezügliche Erfahrungen, weil sie auch Geräte mit Schnecke im Sortiment führt.

Der Vorteil der Förderschnecke ist eine einfache, kompakte Bauweise bei gleichzeitiger sehr genauer Dosierung der Streumenge. Weiters ist das Haupteinsatzgebiet für die Förderschnecke das Streumedium Salz. Das Haupteinsatzgebiet für das Förderband ist das Streumedium Splitt und Salz. Im Einsatzgebiet der Fahrzeuge im Bereich der Wiener Linien wird ausschließlich Salz verwendet".

Nach dem Inhalt der Vergabeakten sowie der Ergebnisse der Erörterung des Angebotes der Antragstellerin steht fest, dass die Forderung nach einer Förderschnecke im Angebot der Antragstellerin nicht erfüllt wurde.

Die Forderung der Antragsgegnerin nach V4A-Stahl wird in der Niederschrift mit der besonders hohen Korrosionsbeständigkeit begründet und ist nach den Feststellungen der Antragsgegnerin bei den meisten Herstellern nicht serienmäßig. Eine Ausführung des Behälters und der Blechteile in V4A-Stahl wurde nicht angeboten.

Die Antragsgegnerin kommt in ihrer Niederschrift zur Angebotsprüfung zu dem Schluss, dass in mehreren Fällen die Antragstellerin nicht die ausgeschriebene Leistung, sondern ein „aliud" angeboten hätte. Sie hält weiters fest, dass eine Reihe von Aufklärungen der Antragstellerin zudem nicht wirklich kommerziell nachvollziehbar sind (Standheizung).

Festgehalten wird in der Niederschrift auch, dass eine schriftliche Erklärung bezüglich „Subunternehmer" oder „Arbeitsgemeinschaft" bisher von der Antragstellerin nicht nachgereicht, eine solche auch nicht im Angebot enthalten ist.

Abschließend kommt die Antragsgegnerin zum Ergebnis, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist.

Die Ausscheidungsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2007 sind der Antragstellerin in einem Schriftsatz am 21.12.2007 zugegangen. Als Begründung der Ausscheidungsentscheidung stellt die Antragsgegnerin detailliert dar, in welchen Punkten das Angebot der Antragstellerin von den entsprechenden Festlegungen der Leistungsbeschreibung abweicht bzw. diese nicht erfüllt. Diese Abweichungen werden als nicht behebbare Mängel bezeichnet, die zur Ausscheidung des Angebotes führen mussten. Als Begründung für die Zuschlagsentscheidung wird lediglich die Vergabesumme angeführt.

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Entscheidungen der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sowie der Zuschlagsentscheidung, ist am 24.12.2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet.

Diese Feststellungen gründen sich vor allem auf den Inhalt der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht bestritten wurde; sowie auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 21.2.2008. Die Vergabeakten belegen, dass die Antragsgegnerin im fortgesetzten Vergabeverfahren eine umfangreiche und eingehende Prüfung der Angebote, insbesondere des Angebotes der Antragstellerin vorgenommen hat. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass in zahlreichen Punkten das Angebot der Antragstellerin von wesentlichen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen abweicht und diese Abweichungen, trotz diesbezüglicher Vorhalte durch die Antragsgegnerin, von der Antragstellerin nicht zufriedenstellend erklärt werden konnten. Dazu hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin nicht nur die Gelegenheit gegeben, schriftlich Stellung zu nehmen, sondern auch ihren Standpunkt im Rahmen des Bietergespräches vom 5.12.2007 darzulegen, um die noch fraglichen Punkte aufzuklären. Nach dem Inhalt der Vergabeakten insbesondere der schriftlichen Stellungnahme vom 23.11.2007 sowie den Ergebnissen des Bietergespräches war als erwiesen anzunehmen, dass die Antragstellerin in wesentlichen Punkten Geräte mit anderer Ausstattung als von der Antragsgegnerin verlangt, angeboten hat. Dies trifft insbesondere auf die Salzstreuvorrichtung zu, wo nach den Festlegungen der Ausschreibung ausdrücklich ein Schneckengetriebe verlangt war und nicht ein Förderband. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin zwar erklärt beim Angebot eines Förderbandes handle es sich um eine gleichwertige Ausführung und Technik, weshalb eine Abweichung von den Ausschreibungsbestimmungen nicht vorliege, da es bei der Verbreitung des Streugutes „allein auf das Ergebnis" ankomme (Seite 3 des Protokolls), da die Argumente der Antragsgegnerin, warum sie ein Streugerät mit Schnecke wünscht, nicht widerlegen können. Nach den Ergebnissen des Feststellungsverfahrens war aber auch als erwiesen anzunehmen, dass entgegen der Behauptung der Antragstellerin die angebotenen Kleintraktoren serienmäßig nicht mit einer Standheizung mit Zeitschaltung ausgerüstet sind. Nach den Erklärungen des Vertreters der Antragstellerin im Zuge des Aufklärungsgespräches vom 5.12.2007, wonach die Wartungsarbeiten „höchstwahrscheinlich durch Subunternehmer vorgenommen" werden sollen, war auch festzustellen, dass eine derartige Erklärung im Angebot

nicht enthalten ist.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinn des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006, die im Sektorenbereich im Sinne des § 164 in Verbindung mit § 169 BVergG 2006 tätig ist. Die Vergabe der gegenständlichen Dienstleistungen soll in einem offenen Verfahren nach ordnungsgemäßer und europaweiter Bekanntmachung erfolgen. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006). Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinn des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, die im Sektorenbereich im Sinne des Paragraph 164, in Verbindung mit Paragraph 169, BVergG 2006 tätig ist. Die Vergabe der gegenständlichen Dienstleistungen soll in einem offenen Verfahren nach ordnungsgemäßer und europaweiter Bekanntmachung erfolgen. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006). Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidung ihres Angebotes sowie der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidung ihres Angebotes sowie der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die Mitteilung der Ausscheidung ihres Angebotes sowie die Zuschlagsentscheidung je vom 20.12.2007 ist der Antragstellerin am 21.12.2007 zugegangen. Ihr am 24.12.2007 eingelangter Nachprüfungsantrag ist damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Die Mitteilung der Ausscheidung ihres Angebotes sowie die Zuschlagsentscheidung je vom 20.12.2007 ist der Antragstellerin am 21.12.2007 zugegangen. Ihr am 24.12.2007 eingelangter Nachprüfungsantrag ist damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Die zulässiger Weise gemeinsam in einem Schriftsatz gestellten Anträge auf Nichtigerklärung des Ausscheidens und der Zuschlagsentscheidung (§ 20 Abs. 2 WVRG 2007) sind im Ergebnis aber nicht berechtigt. Die zulässiger Weise gemeinsam in einem Schriftsatz gestellten Anträge auf Nichtigerklärung des Ausscheidens und der Zuschlagsentscheidung (Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007) sind im Ergebnis aber nicht berechtigt.

Auszugehen ist davon, dass nach den Ausschreibungsbedingungen weder Alternativangebote noch Änderungsangebote zugelassen waren. Nach § 2 Z 1 BVergG 2006 ist ein Abänderungsangebot ein Angebot eines Bieters, das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen

Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht. Auszugehen ist davon, dass nach den Ausschreibungsbedingungen weder Alternativangebote noch Änderungsangebote zugelassen waren. Nach Paragraph 2, Ziffer eins, BVergG 2006 ist ein Abänderungsangebot ein Angebot eines Bieters, das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht.

Nach § 2 Z 2 BVergG 2006 ist ein Alternativangebot ein Angebot über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters. Nach Paragraph 2, Ziffer 2, BVergG 2006 ist ein Alternativangebot ein Angebot über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters.

Nach den klaren Ausschreibungsbestimmungen hatte ein Bieter gegenständlich daher keine Möglichkeit, in sein Angebot andere Komponenten und Funktionen aufzunehmen als in der vorliegenden konstruktiven Leistungsbeschreibung (im Sinne des § 246 Abs. 1 BVergG 2006) eindeutig gefordert worden sind. Stellt der Auftraggeber Abweichungen des Angebotes von der Leistungsbeschreibung fest, hat er bei solchen Unklarheiten vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung im Sinne des § 268 Abs. 3 BVergG 2006 zu verlangen. Außerdem hat er auch nach den für Sektorenauftraggeber geltenden vergaberechtlichen Bestimmungen die Möglichkeit, mit dem Bieter Aufklärungsgespräche im Sinne des § 127 BVergG 2006 zu führen. Dazu ist der Auftraggeber jedenfalls verpflichtet dann, wenn Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, zu versuchen, entsprechende Aufklärung zu erhalten. Nach den klaren Ausschreibungsbestimmungen hatte ein Bieter gegenständlich daher keine Möglichkeit, in sein Angebot andere Komponenten und Funktionen aufzunehmen als in der vorliegenden konstruktiven Leistungsbeschreibung (im Sinne des Paragraph 246, Absatz eins, BVergG 2006) eindeutig gefordert worden sind. Stellt der Auftraggeber Abweichungen des Angebotes von der Leistungsbeschreibung fest, hat er bei solchen Unklarheiten vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung im Sinne des Paragraph 268, Absatz 3, BVergG 2006 zu verlangen. Außerdem hat er auch nach den für Sektorenauftraggeber geltenden vergaberechtlichen Bestimmungen die Möglichkeit, mit dem Bieter Aufklärungsgespräche im Sinne des Paragraph 127, BVergG 2006 zu führen. Dazu ist der Auftraggeber jedenfalls verpflichtet dann, wenn Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, zu versuchen, entsprechende Aufklärung zu erhalten.

Im vorliegenden Fall ist als einziges Zuschlagskriterium der Preis vorgesehen. Der Bieter hatte daher in diesem Vergabeverfahren auch nicht die Möglichkeit, durch Besser- oder Schlechtererfüllung einzelner technischer Zuschlagskriterien auf das Ergebnis der Angebotsprüfung Einfluss zu nehmen. Der Auftraggeber hat die Angebote (zumal das Angebot mit dem niedrigsten Preis) mit der gebotenen Sorgfalt auch auf Übereinstimmung mit den Ausschreibungsbestimmungen zu prüfen.

Nachdem der Senat mit seinem Bescheid vom 23.10.2007 zu GZ: VKS-6586/07 die

(1.) Ausscheidungsentscheidung und Zuschlagsentscheidung aufgehoben hat, hat die Antragsgegnerin im fortgesetzten Vergabeverfahren eine sorgfältige Prüfung der Angebote vorgenommen und die Ergebnisse nachvollziehbar und umfänglich dokumentiert. So hat sie die Antragstellerin am 19.11.2007 zur Aufklärung einer Reihe von Punkten aufgefordert und dabei im Detail die Abweichungen des Angebotes zur Leistungsbeschreibung angeführt. Die Antragstellerin hat dieser Aufforderung mit Schreiben vom 22.11.2007 zwar entsprochen, dabei jedoch zahlreiche aufgeworfene Fragen nicht ausdrücklich klargestellt. Dennoch hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen und hierüber eine entsprechende Niederschrift, die in den Vergabeakten erliegt, verfasst. Damit sind im Vergabeakt alle von der Antragsgegnerin gesetzten Prüfschritte nachvollziehbar und gesetzeskonform dokumentiert.

Als Ergebnis dieser Prüfschritte ist nach dem Inhalt der Vergabeakten eindeutig davon auszugehen, dass das Angebot der Antragstellerin so wesentliche Abweichungen von den Ausschreibungsbestimmungen aufweist, vor allem bei dem angebotenen Förderband statt der verlangten Förderschnecke, bei dem nicht eindeutigen Nachweis des Vorhandenseins einer Standheizung mit Zeitschaltung, der Ausführung der verlangten Bordwände in Stahl verzinkt statt in Aluminium, des Nichtanbotes von Bordwandaufsätzen, des Nichtanbietens der Ausführung des Behälters des Streugerätes sowie aller Blechteile in V4A-Stahl sowie letztlich auch der Umstand, dass die Antragstellerin offenbar

beabsichtigt, die vertraglich zu erbringenden Wartungsarbeiten durch einen Subunternehmer erbringen zu lassen (ohne dass ein entsprechender Subunternehmer bereits im Angebot genannt worden wäre), sodass von einem der Leistungsbeschreibung entsprechenden Angebot nicht mehr gesprochen werden kann.

Die Erklärungen der Antragstellerin in ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 22.11.2007 sowie im Zuge des Bietergespräches vom 5.12.2007 laufen in ihrem Ergebnis auf eine inhaltliche Änderung der von der Antragstellerin ursprünglich angebotenen Leistungen hinaus. Da für das offene Verfahren ein absolutes Verbandsverbot gilt sind Änderungen des Angebotes jeglicher Art wie der Preise, des Leistungsgegenstandes, des Leistungsumfanges, der technischen und rechtlichen Bedingungen für die Leistungserbringen udgl. verboten und ausgeschlossen.

Das Nachprüfungsverfahren hat sohin ergeben, dass im Angebot der Antragstellerin so wesentliche Abweichungen von den Ausschreibungsbedingungen enthalten sind, dass sich dieses Angebot inhaltlich als Abänderungs- oder Alternativangebot darstellt. Die Rechtfertigung der Antragstellerin, es handle sich um gleichwertige technische Lösungen ist verfehlt, da eben Abänderungs- oder Alternativangebote nicht zugelassen waren. Auch konnte die Antragstellerin in mehreren Fällen nicht nachweisen, dass Ausstattungsmerkmale, die im Angebot nicht beschrieben waren, als „serienmäßig“ trotzdem vorhanden sind.

Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Sektorenauftraggeber aufgrund der Ergebnisse der Prüfung im Oberschwellenbereich u.a. „den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden ... sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind“, auszuschneiden (§ 269 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006). Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Sektorenauftraggeber aufgrund der Ergebnisse der Prüfung im Oberschwellenbereich u.a. „den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden ... sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind“, auszuschneiden (Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006).

Das Verfahren hat ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprochen hat, sodass im Ergebnis ein Alternativ- bzw. Abänderungsangebot vorliegt, das zwingend und zutreffend von der Antragsgegnerin auszuschneiden war. Damit ist die Antragsgegnerin ihrer grundsätzlich gegebenen Verpflichtung nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 zur Gleichbehandlung aller Bieter nachgekommen, auch wenn dies im Ergebnis bedeutet, dass der Zuschlag auf ein preislich wesentlich höher liegendes Angebot zu erteilen sein wird. Da die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgt ist, war deren Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung abzuweisen (Spruch Punkt 1). Das Verfahren hat ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprochen hat, sodass im Ergebnis ein Alternativ- bzw. Abänderungsangebot vorliegt, das zwingend und zutreffend von der Antragsgegnerin auszuschneiden war. Damit ist die Antragsgegnerin ihrer grundsätzlich gegebenen Verpflichtung nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 zur Gleichbehandlung aller Bieter nachgekommen, auch wenn dies im Ergebnis bedeutet, dass der Zuschlag auf ein preislich wesentlich höher liegendes Angebot zu erteilen sein wird. Da die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgt ist, war deren Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung abzuweisen (Spruch Punkt 1).

Nach ständiger Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 28.3.2007, 2005/04/0200; VwGH vom 23.5.2007, 2005/04/0214ua; VKS Wien vom 22.11.2007, VKS – 7001/07), ist der nichtausschreibungskonform agierende Bieter nicht schützenswert und kann daher nicht geltend machen, dass auch andere bzw. alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären. Da das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde, fehlt es ihr im Sinne dieser Judikatur an der Legitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung. Selbst im Falle der Stattgebung eines derartigen Antrages hätte die Antragstellerin keine Möglichkeit, selbst den Auftrag zu erhalten, da ihr Angebot zu Recht ausgeschieden worden ist. Aus diesen Gründen war ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen (Spruch Punkt 2). Nach ständiger Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche VwGH vom 28.3.2007, 2005/04/0200; VwGH vom 23.5.2007, 2005/04/0214ua; VKS Wien vom 22.11.2007, VKS – 7001/07), ist der nichtausschreibungskonform agierende Bieter nicht schützenswert und kann daher nicht geltend machen, dass auch andere bzw. alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären. Da das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde, fehlt es ihr im Sinne dieser Judikatur an der Legitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung. Selbst im Falle der Stattgebung eines derartigen Antrages hätte die

Antragstellerin keine Möglichkeit, selbst den Auftrag zu erhalten, da ihr Angebot zu Recht ausgeschieden worden ist. Aus diesen Gründen war ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen (Spruch Punkt 2).

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 2.1.2008 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 2.1.2008 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Teilnahmeberechtigte, die mit Schriftsatz vom 7.1.2008 dem Verfahren beigetreten ist, ist gemäß § 22 Abs. 2 WVRG 2007 jedenfalls als präsumtive Zuschlagsempfängerin Partei des gegenständlichen Verfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre. Die Teilnahmeberechtigte, die mit Schriftsatz vom 7.1.2008 dem Verfahren beigetreten ist, ist gemäß Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007 jedenfalls als präsumtive Zuschlagsempfängerin Partei des gegenständlichen Verfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, genannten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Fristen zur Anrufung der Höchstgerichte des öffentlichen Rechts beginnen jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Fristen zur Anrufung der Höchstgerichte des öffentlichen Rechts beginnen jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Abweichung von den Ausschreibungsbestimmungen; unzulässiges Alternativangebot; Ausscheidungsentscheidung bestätigt; Antrag auf Nichtigerklärung wegen mangelnder Antragslegitimation zurückgewiesen.

Zuletzt aktualisiert am

08.09.2008

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