

TE Verg Bescheid 2008/1/23 N/0125-BVA/10/2007-026

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.01.2008

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §345 Abs13 Z1

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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 § 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
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Ankauf von hämatologischen Analysegeräten für das Hanusch-Krankenhaus und das Gesundheitszentrum Süd" des Auftraggebers Wiener Gebietskrankenkasse eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Anwaltsgesellschaft mbH vom 19. Dezember 2007 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der A***, "das Bundesvergabeamt möge, nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Wiener Gebietskrankenkasse vom 05.12.2007, nämlich das Angebot der Antragstellerin im Vergabeverfahren 'Ankauf von hämatologischen Analysegeräten für das Hanusch-Krankenhaus und das Gesundheitszentrum Süd der Wiener Gebietskrankenkasse' auszuschneiden, für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 129 Abs 1 Z 7 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG

II.römisch zwei.

Dem Antrag der A***, das Bundesvergabeamt möge, "der Antragsgegnerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr sowie aller weiteren Gebühren binnen 14 Tagen ab Rechtskraft des Bescheides zu Händen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin (gemäß § 19 RAO) auferlegen", wird zurückgewiesen. Dem Antrag der A***, das Bundesvergabeamt möge, "der Antragsgegnerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr sowie aller weiteren Gebühren binnen 14 Tagen ab Rechtskraft des Bescheides zu Händen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin (gemäß Paragraph 19, RAO) auferlegen", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die Antragstellerin stellte am 19. Dezember 2007 Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG und Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Dieser Antrag betrifft das Vergabeverfahren "Ankauf von hämatologischen Analysegeräten für das Hanusch-Krankenhaus und das Gesundheitszentrum Süd" der Auftraggeberin Wiener Gebietskrankenkasse. Das Angebot der Antragstellerin sei ausgeschieden worden, weil für das Gesundheitszentrum Süd nur ein Gebrauchtgerät angeboten worden sei und die angegebene Lieferfrist von sechs bis acht Wochen den Festlegungen in Pkt. 5.2 der Ausschreibungsunterlagen, das angebotene Skonto von 2 % bei Zahlung innerhalb von 14 Tagen bzw. 30 Tagen netto den Festlegungen in Pkt 5.6 der Ausschreibungsunterlagen sowie die angebotene Bindefrist von drei Monaten den Festlegungen in Pkt 5.10 der Ausschreibungsunterlagen widersprächen. Der drohende Schaden bestehe aus Euro 30.000 an entgangenem Gewinn und Euro 4.000 an frustrierten Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie dem Verlust eines wesentlichen Referenzprojektes und eines bedeutenden Referenzkunden. Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs 1 BVergG sowie in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages verletzt. Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass es sich bei der Bezeichnung des angebotenen Geräts für das Gesundheitszentrum Süd mit dem Wort "Gebrauchtgerät" um ein redaktionelles Versehen handle. Dies wäre durch Rückfrage oder ergänzende Angebotsprüfung, die nach § 126 Abs 1 BVergG notwendigerweise durchzuführen gewesen wäre, aufzuklären gewesen. Es handle sich um einen verbesserbaren Mangel. Im Rahmen der Bietererklärung habe sich die Antragstellerin vollinhaltlich den Ausschreibungsbestimmungen, der Leistungsbeschreibung, den Vertragsbestimmungen etc unterworfen. Von dieser Unterwerfung sei insbesondere auch der Punkt 0.1 umfasst. Demnach hätten die von einem Bieter in seinem Angebot gegebenenfalls beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Gültigkeit. Die Widersprüche zu den Ausschreibungsbestimmungen wären allein durch diese Unterwerfung unter die Ausschreibungsbestimmungen beseitigt. Auch in diesem Fall wäre die Auftraggeberin zur Aufklärung verpflichtet gewesen. Die in den Angeboten enthaltenen Zahlungsziele sowie Bindungsfristen seien aufgrund der Klausel in der Bietererklärung überhaupt nicht Bestandteil des Angebotes der Antragstellerin. Die Antragstellerin stellte am 19. Dezember 2007 Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG und Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Dieser Antrag betrifft das Vergabeverfahren "Ankauf von hämatologischen Analysegeräten für das Hanusch-Krankenhaus und das Gesundheitszentrum Süd" der Auftraggeberin Wiener Gebietskrankenkasse. Das Angebot der Antragstellerin sei ausgeschieden worden, weil für das Gesundheitszentrum Süd nur ein Gebrauchtgerät angeboten worden sei und die angegebene Lieferfrist von sechs bis acht Wochen den

Festlegungen in Pkt. 5.2 der Ausschreibungsunterlagen, das angebotene Skonto von 2 % bei Zahlung innerhalb von 14 Tagen bzw. 30 Tagen netto den Festlegungen in Pkt 5.6 der Ausschreibungsunterlagen sowie die angebotene Bindefrist von drei Monaten den Festlegungen in Pkt 5.10 der Ausschreibungsunterlagen widersprächen. Der drohende Schaden bestehe aus Euro 30.000 an entgangenem Gewinn und Euro 4.000 an frustrierten Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie dem Verlust eines wesentlichen Referenzprojektes und eines bedeutenden Referenzkunden. Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sowie in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages verletzt. Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass es sich bei der Bezeichnung des angebotenen Geräts für das Gesundheitszentrum Süd mit dem Wort "Gebrauchtgerät" um ein redaktionelles Versehen handle. Dies wäre durch Rückfrage oder ergänzende Angebotsprüfung, die nach Paragraph 126, Absatz eins, BVergG notwendigerweise durchzuführen gewesen wäre, aufzuklären gewesen. Es handle sich um einen verbesserbaren Mangel. Im Rahmen der Bietererklärung habe sich die Antragstellerin vollinhaltlich den Ausschreibungsbestimmungen, der Leistungsbeschreibung, den Vertragsbestimmungen etc unterworfen. Von dieser Unterwerfung sei insbesondere auch der Punkt 0.1 umfasst. Demnach hätten die von einem Bieter in seinem Angebot gegebenenfalls beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Gültigkeit. Die Widersprüche zu den Ausschreibungsbestimmungen wären allein durch diese Unterwerfung unter die Ausschreibungsbestimmungen beseitigt. Auch in diesem Fall wäre die Auftraggeberin zur Aufklärung verpflichtet gewesen. Die in den Angeboten enthaltenen Zahlungsziele sowie Bindungsfristen seien aufgrund der Klausel in der Bietererklärung überhaupt nicht Bestandteil des Angebotes der Antragstellerin.

Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 20. Dezember 2007 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Hauptverfahren führte sie im Wesentlichen aus, dass die Aussage, dass die Antragstellerin bei der Angebotsöffnung als Bestbieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren hervorgegangen ist, nur auf einem Irrtum beruhen kann. Die Angebotsbewertung sei noch nicht abgeschlossen, sodass es noch keinen Bestbieter gebe. Die Schadenshöhe sei nicht nachvollziehbar, da alternativ entweder Gewinnentgang oder frustrierte Aufwendungen entstehen könnten. Wenn es sich bei dem Wort "Gebrauchtgerät" nur um ein redaktionelles Versehen handle, sei fraglich, wie dieser Mangel aufgrund eines Aufklärungsgesprächs geheilt werden könne, ohne dass der Antragstellerin die Möglichkeit eingeräumt würde, nach der Angebotsöffnung über ihr Angebot zu disponieren oder ihre Wettbewerbsstellung gegenüber den anderen Bietern materiell zu verbessern. Der Begriff "Gebrauchtgerät" sei wohl, wenn man den objektiven Erklärungswert zugrunde lege, ein eindeutiger und als solcher einer Aufklärung nicht zugänglich. Zwischen dem Leiter der anfordernden Stelle und dem Vertreter der Antragstellerin hätten Gespräche stattgefunden, in denen die Vertreter der Antragstellerin ein Redaktionsversehen nicht erwähnt hätten. Für die Auftraggeberin entstehe der Eindruck, dass hier bloß eine "Schutzbehauptung" vorliege, um den Fehler der Antragstellerin bei der Angebotserstellung zu verdecken. Auch der angebotene Preis lasse darauf schließen. Zusammenfassend liege ein unbehebbarer Mangel vor. Das Angebot sei ohne weitere Aufforderung zwingend auszuscheiden. Gleiches gelte für die übrigen Mängel. Nach den Ausführungen der Antragstellerin könnte ein Angebot nie ausgeschieden werden, da jedenfalls eine Bietererklärung zu unterfertigen sei, in der Ausschreibungskonformität des Angebots bestätigt werde. Die Auftraggeberin habe ihrer Ausscheidensentscheidung jedenfalls den objektiven Erklärungswert des gegenständlichen Angebots zugrunde gelegt, welcher der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes folgend maßgeblich sei.

Am 8. Jänner 2008 nahm die Antragstellerin Stellung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass sie die Höhe des drohenden Schadens insofern einschränkte, dass im Fall der Auftragserteilung die Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren den Gewinn reduzierten. Bei einer Aufklärung wäre klargestellt worden, dass ein Neugerät geliefert werden sollte. Dies hätte den Preis und damit die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin nicht geändert. Es handle sich um einen verbesserungsfähigen Mangel. Die übrigen Mängel wie Skonto, Angebotsbindung oder Lieferfrist seien aufgrund der von der Antragstellerin unterschriebenen Regelung in Punkt 0.1 der Bietererklärung wie allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen und daher eine behebbare Unklarheit. Im Übrigen hält die Antragstellerin ihre Anträge vollinhaltlich aufrecht.

Am 10. Jänner 2008 brachte die Auftraggeberin eine neuerliche Stellungnahme ein. Darin führte sie - zusammengefasst - aus, dass die Stellungnahme der Antragstellerin vom 8. Jänner 2008 keine wesentlichen Neuerungen enthalte. Sie würde sich freuen, um den Preis eines Gebrauchtgerätes ein an sich erheblich teureres Neugerät zu bekommen. Bei dem Gebrauchtgerät handle es sich vermutlich um das dem Hanusch-Krankenhaus von der Antragstellerin zur

Verfügung gestellte Gerät zur Überbrückung der Dauer der Ausschreibung. Durch den Austausch eines "minderwertigen" gegen ein höherwertiges Produkt nach Angebotsöffnung werde logischerweise der Wert der Leistung bzw. Gegenleistung verändert. Dies wäre, da es sich bei einem Kauf um einen synallagmatischen Vertrag handle, einer nachträglichen Veränderung des Preises gleichzusetzen. Würde dem Bieter nun die Möglichkeit eingeräumt, nach Angebotsöffnung auf diese Weise über sein Angebot zu disponieren, würde dies jedenfalls nicht dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung der Bieter entsprechen. Bei dem angebotenen Skonto und bei der Liefer- und Angebotsfrist handle es sich nicht um allgemeine Geschäftsbedingungen der Antragstellerin. Es handle sich vielmehr um individuelle Angebote, deren Inhalt nicht mit den Festlegungen in den Ausschreibungsbedingungen übereinstimmen. Ob die Antragstellerin sich durch Unterfertigung der Bietererklärung vollinhaltlich den Ausschreibungsbedingungen unterworfen habe oder dies nur mit Vorbehalt der anderslautenden Angebotsbestandteile getan habe, sei Interpretationssache. Die Rechtsprechung sei in diesem Fall relativ eindeutig, sodass man von einem nicht ausschreibungskonformen Angebot auszugehen habe.

Am 22. Jänner 2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Herr C***, Vertreter der Auftraggeberin, gab an, dass die Ausschreibung nach internen Vorlagen erstellt wurde. Der Punkt 5.1 der Ausschreibungsunterlagen beziehe sich auf die Phase der Vertragsabwicklung. Herr D***, Rechtsvertreter der Antragstellerin, brachte vor, dass die Regelung des Pkt 5.1 3. Absatz voraussetzt, dass allgemeine Geschäftsbedingungen zum Zeitpunkt der Angebotsprüfung zulässig waren. Einvernehmlich wurde festgestellt, dass neue Geräte anzubieten waren. Herr D*** brachte vor, dass auch die Antragstellerin davon ausgegangen ist, dass neue Geräte anzubieten sind. Dies sei jedoch in der Ausschreibung nicht ausdrücklich verlangt. Daher wäre die Auftraggeberin zur Aufklärung in diesem Punkt verpflichtet gewesen. Es stelle keinen klaren Widerspruch zur Ausschreibung und damit keinen automatischen Ausscheidungsgrund dar. Herr C*** gab an, dass dann, wenn das angebotene Hauptgerät entsprechend leistungsfähig war, kein Backup-Gerät anzubieten war. Herr E***, Geschäftsführer der Antragstellerin, gab an, dass der Zweck eines Backup-Gerätes das Erreichen der notwendigen Kapazität und nicht einer Ausfallsicherheit ist. Ein ****2*** habe früher etwa 70.000 Euro gekostet. Mittlerweile sei ein neues Spitzenmodell, das ***5*** auf den Markt gekommen. Dadurch werde das ***2*** zum "Auslaufmodell". Der Preis habe sich mehr als halbiert, er habe sich von 70.000 Euro auf 20.000 Euro reduziert. Das ***1***, das ebenfalls um 20.000 Euro angeboten worden sei, sei ein kleineres Modell. Für dieses gebe es kein Nachfolgemodell. Das ***5*** könne auch andere Körperflüssigkeiten als das ***2*** vermessen. Es koste etwa 90.000 Euro. Im Hanuschkrankenhaus sei das Gerät kaputt geworden. Eine Reparatur hätte ca. 10.000 Euro gekostet, die Antragstellerin habe ein neues ***2*** zur Überbrückung geliefert. Dieses Gerät stehe seit 1 ½ Jahren im Hanuschkrankenhaus. Es seien dafür weder Miete oder irgendwelche laufenden Kosten verlangt worden. Nachdem das ***5*** auf den Markt gekommen sei, sollte ein solches in das Hanuschkrankenhaus kommen und ein neues ***2*** in das Gesundheitszentrum Süd. Es bestünden Preislisten. In Einzelfällen etwa zur Belieferung von Referenzkunden, würden Preise mit **** Europa und gegebenenfalls von dieser mit dem Hersteller in Japan festgelegt. Gebrauchtgeräte, im Regelfall Vorführgeräte, würden niedergelassenen Ärzten und privaten Ordinationen angeboten. Herr C*** gab an, dass auch eine Finanzierung der Geräte über die Preise der Reagenzien stattfinde. Im Medizinbereich komme es fallweise vor, dass Gebrauchtgeräte angeboten werden. Ein solches Gerät werde normalerweise drei bis fünf Jahre verwendet. Herr F***, Angestellter der Antragstellerin, wurde als Zeuge vernommen. Er ist Produktspezialist für die angebotenen Produkte. Er ist weder Geschäftsführer noch Prokurist der Antragstellerin. Er hat das Angebot zum Teil gemacht, er hat die technischen Teile des Angebotes verfasst. Er hat die Spezifikationen nicht kontrolliert. Die Beilagen sind Muster der Antragstellerin. Die Kalkulationen machte Herr E***. Er füllte auch das Preisblatt aus. Herr F*** wollte ein Neugerät anbieten. Die Beilage 2 hat er nicht kontrolliert. Er weiß nicht, wie das Wort "Gebrauchtgerät" dort hineingekommen ist. Änderungen an den Vorlagen sind in Absprache mit Herrn E*** möglich. Herr F*** könnte als Ansprechpartner für den Auftraggeber auch zur Kalkulation Stellung nehmen. Die Lieferfrist wird bei Erstellung des Angebots beachtet. Zahlungsmodalitäten sind Sache von Herrn E***. Herr F*** weiß nicht, ob es allgemeine Geschäftsbedingungen gibt. Herr E*** gab an, dass Herr F*** keine Handlungsvollmacht habe. Aktuell gebe es bei der Antragstellerin noch keine allgemeinen Geschäftsbedingungen. Herr E*** habe keinen Einfluss auf die Beilagen 1 - 3 (Gerätespezifikationen) genommen. In der internen Vorlage sei Platz für Preisangebote. Er nehme keine Änderungen an den Zahlungsbedingungen vor, weil nach dem Hinweis der Sekretärin die

Ausschreibungsbedingungen durch die Bietererklärung akzeptiert worden seien. Das Anbieten eines Gebrauchtgerätes sei wohl so zustande gekommen, dass die Sekretärin die falsche Vorlage verwendet habe und er ohne weitere Kontrolle unterschrieben habe.

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt

Das Gerät im Hanusch-Krankenhaus hatte vor etwa 1 ½ Jahren einen derart schweren Schaden, der eine Reparatur unwirtschaftlich erscheinen ließ. Seit diesem Zeitpunkt stellt die Antragstellerin der Auftraggeberin ein Leihgerät ***2*** zur Verfügung. (Aussagen von Herrn C*** und Herrn E*** in der mündlichen Verhandlung)

Die Wiener Gebietskrankenkasse kauft hämatologischen Analysegeräten für das Hanusch-Krankenhaus und das Gesundheitszentrum Süd an. Dazu hat sie diese in zwei Losen in einem offenen Verfahren ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert ist größer als Euro 211.000. Das Vergabeverfahren wird nach den Regeln für den Oberschwellenbereich geführt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

Die Ausschreibung wurde unter Verwendung von internen Vorlagen der Auftraggeberin erstellt. (Aussage von Herrn C*** in der mündlichen Verhandlung)

Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 1. September 2007, 2007/S 168-207479, abgesandt am 30. August 2007, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 4. September 2007, L-348081-7829, abgesandt am 30. August 2007. die Bekanntmachung lautet auszugsweise:

"[...]

ABSCHNITT II: AUFTRAGSGEGENSTAND

II.1) BESCHREIBUNGGrömisches zwei.1) BESCHREIBUNG

II.1.1) Bezeichnung des Auftrags durch den AuftraggeberGrömisches zwei.1.1) Bezeichnung des Auftrags durch den Auftraggeber:

Ankauf von hämatologischen Analysegeräten für das Hanusch-Krankenhaus und das Gesundheitszentrum Süd.

II.1.2) Art des Auftrags sowie Ort der Ausführung, Lieferung bzw. DienstleistungGrömisches zwei.1.2) Art des Auftrags sowie Ort der Ausführung, Lieferung bzw. Dienstleistung:

Lieferung.

Kauf.

Hauptlieferort: Wien.

NUTS-Code: AT.

II.1.3) Gegenstand der BekanntmachungGrömisches zwei.1.3) Gegenstand der Bekanntmachung:

Öffentlicher Auftrag.

II.1.4) Angaben zur RahmenvereinbarungGrömisches zwei.1.4) Angaben zur Rahmenvereinbarung:

II.1.5) Kurze Beschreibung des Auftrags oderGrömisches zwei.1.5) Kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabens:

Ankauf von hämatologischen Analysegeräten.

II.1.6) Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV)Grömisches zwei.1.6) Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV):

33253457.

II.1.7) Auftrag fällt unter das Beschaffungsübereinkommen (GPA)Grömisches zwei.1.7) Auftrag fällt unter das Beschaffungsübereinkommen (GPA):

Nein.

II.1.8) Aufteilung in LoseGrömisches zwei.1.8) Aufteilung in Lose:

Ja.

Sollten die Angebote wie folgt eingereicht werden: für alle

Lose.

II.1.9) Varianten/Alternativangebote sind zulässig:römisch zwei.1.9) Varianten/Alternativangebote sind zulässig:

Nein.

II.2) MENGE ODER UMFANG DES AUFTRAGS:römisch zwei.2) MENGE ODER UMFANG DES AUFTRAGS

II.2.1) Gesamtmenge bzw. -umfang:römisch zwei.2.1) Gesamtmenge bzw. -umfang:

II.2.2) Optionen:römisch zwei.2.2) Optionen:

Ja.

Beschreibung der Optionen: Wartung.

II.3) VERTRAGSLAUFZEIT BZW. BEGINN UND ENDE DER:römisch zwei.3) VERTRAGSLAUFZEIT BZW. BEGINN UND ENDE DER

AUFTRAGSAUSFÜHRUNG:

ANGABEN ZU DEN LOSEN

LOS-NR. 1

BEZEICHNUNG: Los 1

1. 1)Ziffer eins

KURZE BESCHREIBUNG:

Siehe Ausschreibungsunterlagen.

2. 2)Ziffer 2

GEMEINSAMES VOKABULAR FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE (CPV):

33253457.

3. 3)Ziffer 3

MENGE ODER UMFANG:

Siehe Ausschreibungsunterlagen.

4. 4)Ziffer 4

ABWEICHUNG VON DER VERTRAGSLAUFZEIT ODER DEM BEGINN BZW. ENDE

DES AUFTRAGS:

1. 5)Ziffer 5

WEITERE ANGABEN ZU DEN LOSEN:

LOS-NR. 2

BEZEICHNUNG: Los 2

1. 1)Ziffer eins

KURZE BESCHREIBUNG:

Siehe Ausschreibungsunterlagen.

1. 2)Ziffer 2

GEMEINSAMES VOKABULAR FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE (CPV):

33253457.

1. 3)Ziffer 3

MENGE ODER UMFANG:

Siehe Ausschreibungsunterlagen.

1. 4)Ziffer 4

ABWEICHUNG VON DER VERTRAGSLAUFZEIT ODER DEM BEGINN BZW. ENDE

DES AUFTRAGS:

1. 5)Ziffer 5

WEITERE ANGABEN ZU DEN LOSEN:

[...]

ABSCHNITT IV: VERFAHREN

IV.1) VERFAHRENSARTrömisch vier.1) VERFAHRENSART

IV.1.1) Verfahrensart:römisch vier.1.1) Verfahrensart:

Offenes Verfahren.

[...]

IV.2) ZUSCHLAGSKRITERIENrömisch vier.2) ZUSCHLAGSKRITERIEN

IV.2.1) Zuschlagskriterien:römisch vier.2.1) Zuschlagskriterien:

Wirtschaftlich günstigstes Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Verdingungs-/Ausschreibungsunterlagen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung bzw. in der Beschreibung zum wettbewerblichen Dialog aufgeführt sind.

IV.2.2) Es wird eine elektronische Auktion durchgeführt:römisch vier.2.2) Es wird eine elektronische Auktion durchgeführt:

Nein.

IV.3) VERWALTUNGSGSINFORMATIONENrömisch vier.3) VERWALTUNGSGINFORMATIONEN

IV.3.1) Aktenzeichen beim öffentlichen Auftraggeber:römisch vier.3.1) Aktenzeichen beim öffentlichen Auftraggeber:

1. 1.Ziffer eins

IV.3.2) Frühere Bekanntmachungen desselben Auftrags:römisch vier.3.2) Frühere Bekanntmachungen desselben Auftrags:

Nein.

IV.3.3) Bedingungen für den Erhalt von Verdingungs- /Ausschreibungs- und ergänzenden Unterlagen bzw. der Beschreibungrömisch vier.3.3) Bedingungen für den Erhalt von Verdingungs- /Ausschreibungs- und ergänzenden Unterlagen bzw. der Beschreibung

Schlussstermin für die Anforderung von oder Einsicht in Unterlagen: 22.10.2007.

Die Unterlagen sind kostenpflichtig: Nein.

IV.3.4) Schlussstermin für den Eingang der Angebote bzw. Teilnahmeanträge:römisch vier.3.4) Schlussstermin für den Eingang der Angebote bzw. Teilnahmeanträge:

22.10.2007 - 11:00.

[...]

IV.3.7) Bindefrist des Angebots:römisch vier.3.7) Bindefrist des Angebots:

Frist in Monaten 5 (ab Schlussstermin für den Eingang der Angebote).

IV.3.8) Bedingungen für die Öffnung der Angebote:römisch vier.3.8) Bedingungen für die Öffnung der Angebote:

Tag: 22.10.2007 - 11:05.

Ort: Wiener Gebietskrankenkasse; 1100 Wien - Wienerbergstraße

15-19, 7. Stock, Zi. 701.

Personen, die bei der Öffnung der Angebote anwesend sein

dürfen: Ja.

Bieter oder deren bevollmächtigte Vertreter.

[...]"

(Amtliche Einsicht unter auftrag.at und ted.europa.eu)

Die Ausschreibungsunterlagen lauten auszugsweise:

"0.1 Ich (Wir) anerkenne(n), dass meinem (unserem) Angebot insbesondere die nachfolgenden Bestimmungen zugrunde liegen:

* Die gegenständliche Bietererklärung (Punkt 0.1 bis 0.6 der Ausschreibungsunterlagen)

* Die Ausschreibungsbestimmungen (Punkt 1 bis 3 der Ausschreibungsunterlagen)

* Die Leistungsbeschreibung (Punkt 4 der Ausschreibungsunterlagen)

* Die Vertragsbestimmungen (Punkt 5 der Ausschreibungsunterlagen)

* Die von mir/uns im Zusammenhang mit der Überprüfung der Befugnis, der Leistungsfähigkeit und der Zuverlässigkeit gemachten Angaben und abgegebenen Erklärungen.

* Die Allgemeinen Bewerbungs- und Vertragsbedingungen der Wiener Gebietskrankenkasse

Für ein ausschreibungsgemäßes Angebot darf der vorgegebene Text der Ausschreibung weder geändert noch ergänzt werden. Vom Bieter sind ausschließlich die grau unterlegten Felder mit Eintragungen zu versehen und die allenfalls erforderlichen Beilagen anzuschließen.

Die von einem Bieter seinem Angebot gegebenenfalls angeschlossenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben keine Gültigkeit.

[...]

0.4 Ich (Wir) verpflichte(n) mich (uns), die Ausführung der mir (uns) übertragenen Leistungen zu dem (den) angegebenen Termin(en) und innerhalb der angegebenen Frist(en) durchzuführen. Mit der Ausführung der Leistungen darf erst nach schriftlicher Beauftragung begonnen werden.

0.5 Ich (Wir) biete(n) die Ausführung der in der Leistungsbeschreibung angeführten Leistungen unter Berücksichtigung der gesamten Ausschreibungsunterlagen an.

[...]

1. 1.Ziffer eins

ALLGEMEINE AUSSCHREIBUNGSBESTIMMUNGEN

[...]

1.2 Ausschreibungsunterlagen

Das Angebot ist auf Basis folgender Ausschreibungsunterlagen zu erstellen:

- -Strichaufzählung
die allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen (Punkt 1 - 3 der Ausschreibungsunterlagen);
- -Strichaufzählung
die Leistungsbeschreibung (Punkt 4 der Ausschreibungsunterlagen);
- -Strichaufzählung
die Vertragsbestimmungen (Punkt 5 der Ausschreibungsunterlagen);
- -Strichaufzählung
die in Punkt 6 angeführten Beilagen;
- -Strichaufzählung
allfällige Fragebeantwortungen und Berichtigungen zu den Ausschreibungsunterlagen
- -Strichaufzählung
Die Allgemeinen Bewerbungs- und Vertragsbedingungen der Wiener Gebietskrankenkasse. [...]

1.4 Beschaffungsziel und Leistungsbild

Die hämatologischen Analysegeräte des Hanusch-Krankenhauses und des Gesundheitszentrums Süd der Wiener Gebietskrankenkasse sind auf Grund ihres Alters und der täglichen intensiven Nutzung zu ersetzen.

Demzufolge plant die Wiener Gebietskrankenkasse den Ankauf bzw. als Variante die Finanzierung über Reagenzienkauf (Preis pro Befund) von hämatologischen Analysegeräten für die Zentrallabors des Hanusch-Krankenhauses und des Gesundheitszentrums Süd der Wiener Gebietskrankenkasse ab Abschluss des offenen Verfahrens.

[...]

Die Umsetzung des gegenständlichen Beschaffungsvorhabens hat unter Berücksichtigung sämtlicher Anforderungen des Auftraggebers zu erfolgen (siehe dazu näher unter Punkt 4 und Punkt 5 der Ausschreibungsunterlagen).

1.4.1 Hauptleistung:

Hauptgegenstand des Vergabeverfahrens ist die Anschaffung von hämatologischen Analysegeräten für das Hanusch-Krankenhaus und das Gesundheitszentrum Süd der Wiener Gebietskrankenkasse.

Die Vergabe erfolgt in zwei (2) Losen und zwar

Los 1 (Hanusch-Krankenhaus):

Ein (1) Hauptanalysengerät, mindestens 105 komplette BB/h (KBB, Diff, NRBC, Retikulozyten, Dialysate, Punktate, CSF) und (1) Backup-Gerät mit identer Messtechnologie (KBB, Diff). Es können auch zwei (2) idente Geräte angeboten werden.

Los 2 (Gesundheitszentrum Süd)

Ein (1) Hauptanalysegerät, mindestens 105 komplette BB/h (KBB, Diff, Punktate) und ein (1) Backup-Gerät mit identer Messtechnologie (KBB, Diff) oder zweier identer Geräte, mit gemeinsam mindestens 120 KBB/h (KBB, Diff, Punktate).

Im Notfall muss ein Labor die Proben des anderen Labors analysieren können und zu den Vorbefunden vergleichbare Resultate erbringen. Auf Grund der hohen Wertigkeit des Laborbefundes für Diagnostik und Therapiekontrolle vor allem für die hämatologische Abteilung im Hanusch-Krankenhaus ist eine sehr exakte Analytik notwendig, die auch Zellen im sehr niedrigen Konzentrationsbereich richtig messen kann und zusätzlich auch richtige Leukozytendifferenzierung bei hämatologischen Erkrankungen erbringt. Im Gesundheitszentrum Süd langen die Proben der drei anderen Gesundheitszentren zu Mittag ein und müssen bis ca. 14 Uhr analysiert werden. Auch Proben vom Vortag müssen richtig gemessen werden können.

[...]

5. VERTRAGSBESTIMMUNGEN

5.1 Allgemeines

Im Fall der Zuschlagserteilung (Auftragsschreiben) erfolgt die Leistungserbringung für sämtliche Leistungen auf Grundlage folgender Auftragsunterlagen:

- -Strichaufzählung
Auftragsschreiben
- -Strichaufzählung
Diese Ausschreibungsunterlagen einschließlich ihrer Beilagen
- -Strichaufzählung
Die allgemeinen Bewerbungs- und Vertragsbedingungen der Wiener Gebietskrankenkasse
- -Strichaufzählung
Angebot einschließlich seiner Beilagen, sofern darin kein Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen enthalten ist oder sonst die Ziele dieser Ausschreibung nicht unmöglich gemacht, gefährdet oder sonst wie eingeschränkt werden.

Im Fall von Widersprüchen zwischen den Auftragsunterlagen untereinander hat im Zweifel die in der jeweiligen Aufzählung vorangehende Auftragsunterlage den Vorrang.

Die Gültigkeit allfälliger Allgemeiner Geschäftsbedingungen (Leistungsbedingungen) des Auftragnehmers ist und bleibt stets ausgeschlossen. Dies gilt unabhängig davon, ob solche Bedingungen vor Abschluss dieses Vertrages oder in der Folge auf Nachtragsangeboten, Rechnungen oder wo sonst immer genannt sind.

Der Bieter/Auftragnehmer hat während des Vergabeverfahrens und während des Bestehens des Leistungsvertrages jede wesentliche Änderung in seiner Eigentümerstruktur bzw. in der Gewerbeberechtigung dem Auftraggeber bekannt zu geben.

5.2 Lieferfrist und Liefer- und Erfüllungsort

Die auftragsgegenständlichen Geräte sind binnen sechs Wochen ab Zuschlag bzw. ab Bestellung zu liefern und in Betrieb zu setzen. Über den Zeitpunkt der Lieferung ist nach Möglichkeit Einvernehmen mit den Auftraggeber herzustellen.

[...]

5.6 Zahlungsbedingungen für Variante Kauf

Der Lieferung ist ein Lieferschein beizuschließen; das abgezeichnete Exemplar bestätigt die erbrachte Leistung und dient als Verrechnungsgrundlage. Die Rechnungslegung hat am Letzten des betroffenen Kalendermonats nach der Lieferung zu erfolgen. Vorauszahlungen werden keine geleistet. Die Zahlung bedeutet keine Anerkennung der Ordnungsmäßigkeit der Lieferung bzw. Leistung und damit keinen Verzicht auf dem Auftraggeber zustehende Ansprüche wegen Gewährleistung oder Schadenersatz. Die Zahlung erfolgt binnen 60 Tagen. Bei Zahlung innerhalb von 21 Tagen ist die Wiener Gebietskrankenkasse berechtigt, 3 % Skonto von der Rechnungssumme abzuziehen. Bei den einzelnen Positionen sind die Firmenbezeichnung bzw. Artikelnummern der angebotenen Produkte anzuführen.

Im Falle eines Zahlungsverzugs schuldet der Auftraggeber dem Auftragnehmer Verzugszinsen in Höhe von 5 (fünf) Prozent p.a.

[...]

5.10 Sonstiges

Der Bieter bleibt an sein Angebot fünf Monate nach Angebotseröffnung vollinhaltlich gebunden. [...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Schreiben vom 11. September 2007 berichtigte die Auftraggeberin die Ausschreibung derart, als sie auf Seite 29 Punkt 2 das Wort "fluoreszenz" herausnahm.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot. Dieses erarbeitete im technischen Teil Herr F*** und im kaufmännischen Teil Herr E***, der als einzelzeichnungsberechtigter Alleingeschäftsführer der einzige im Firmenbuch eingetragene Vertreter der Antragstellerin ist. Herr F*** hat die Lieferfristen beachtet, jedoch die Schreiben über die Angebote der einzelnen Geräte, die von der Antragstellerin in ihrem Angebot als Beilagen 1 - 3 bezeichneten Schreiben, weder beeinflusst noch kontrolliert. Eine Sekretärin hat diese geschrieben. Herr E*** hat diese nicht kontrolliert, aber unterschrieben. Die Antragstellerin besitzt keine allgemeinen Geschäftsbedingungen. Das Angebotsschreiben hat Herr E*** rechtsverbindlich gefertigt. Die Antragstellerin bietet für das Los 2, das Gesundheitszentrum Süd, an: "1 **** ***2*** - Gebrauchtgerät und vollautomatisches Blutzellzähl- und Differenziersystem". Dieses Gerät kostete neu vor Markteinführung des im Los 1 als Hauptgerät angebotenen ***5*** Euro 70.000, nunmehr Euro 20.000. Das Gebrauchtgerät ist für ca Euro 20.000 angeboten. In den beiliegenden Schreiben für die angebotenen Geräte **** ***5***, **** ***2*** und ****-HÄMATOLOGIE-SYSTEM ***1*** findet sich jeweils gleichlautend folgender Passus:

"Lieferzeit: ca. 6 - 8 Wochen

Garantie: 1 Jahr

Zahlung: innerhalb von: 14 Tagen mit 2 % Skonto

30 Tagen netto

Angebotsgültigkeit: 3 Monate ab Angebotsdatum"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens; Aussagen von Herrn F*** und Herrn E*** in der mündlichen Verhandlung)

Am 22. Oktober 2007 fand die Angebotsöffnung statt. Dabei wurden drei Angebote geöffnet. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im "Protokoll Angebotsprüfung Haematologische Analysegeräte" ist Folgendes festgehalten:

"Angebotsbewertung

Der Bieter hat für das GZ-Süd ein Gebrauchtgerät angeboten. Desweiteren hat er einen Skonto angeboten, welcher nicht unseren Ausschreibungsbedingungen für den Kauf entspricht (14 Tage 2 % bzw. 30 Tage netto). Auch die vorgegebene Lieferfrist von 6 Wochen wurde nicht angeboten, es wurden 6-8 Wochen angeboten. Angebotsgültigkeit 3 Monate, wir haben uns 5 Monate in den AB ausbedungen. Der Bieter hat für das GZ-Süd ein Gebrauchtgerät angeboten. Desweiteren hat er einen Skonto angeboten, welcher nicht unseren Ausschreibungsbedingungen für den

Kauf entspricht (14 Tage 2 % bzw. 30 Tage netto). Auch die vorgegebene Lieferfrist von 6 Wochen wurde nicht angeboten, es wurden 6-8 Wochen angeboten. Angebotsgültigkeit 3 Monate, wir haben uns 5 Monate in den Ausschussbericht ausbedungen.

Ergebnis

Aus meiner Sicht ist das Angebot der Firma **** zwingend auszuschneiden, da es den Festlegungen in unseren Ausschreibungsbedingungen in mehreren Punkten widerspricht. Aufgrund des Angebots eines Gebrauchsgerätes, ist ein objektiver Preisvergleich nicht möglich ist und damit eine Bietergleichbehandlung nicht gewährleistet."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 5. Dezember 2007 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung per Telefax mit. Dieses hat auszugsweise folgenden Inhalt:

"Sehr geehrter Bieter!

Wir bedanken uns für Ihre Angebotslegung im Vergabeverfahren 'Hämatologische Analysegeräte' bedauern aber Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ausgeschieden werden musste. Wir bedanken uns für Ihre Angebotslegung im Vergabeverfahren 'Hämatologische Analysegeräte' bedauern aber Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschieden werden musste.

Wir begründen diese Entscheidung wie folgt:

Sie haben ein Angebot gelegt, welches unseren Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen in folgenden wesentlichen Punkten widerspricht:

- -Strichaufzählung
Es wurde für das Gesundheitszentrum Süd nur ein Gebrauchtgerät angeboten, die Wiener Gebietskrankenkasse hat jedoch Neugeräte ausgeschrieben;
- -Strichaufzählung
Die angebotene Lieferfrist von 6 - 8 Wochen widerspricht unseren Festlegungen in Pkt. 5.2 der Ausschreibungsunterlagen;
- -Strichaufzählung
Der angesprochene Skonto von 2 % bei Zahlung innerhalb von 14 Tagen bzw. 30 Tage netto widerspricht unseren Festlegungen in Pkt. 5.6 der Ausschreibungsunterlagen;
- -Strichaufzählung
Die angebotene Bindefrist für Ihr Angebot von drei Monaten widerspricht unseren Festlegungen in Pkt. 5.10 der Ausschreibungsunterlagen;

Wir bedanken uns für Ihr Interesse, welches wir für künftige Beschaffungen vorgemerkt haben."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht bekanntgegeben, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens, Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann, sowie unbestritten gebliebene, glaubwürdige und widerspruchsfreie Aussagen in der mündlichen Verhandlung. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Vorläufige rechtliche Würdigung

3.1 Anzuwendende Rechtslage

Mit 1. Jänner 2008 trat die Novelle zum BVergG, BGBl I 86/2007, in Kraft. Nach § 345 Abs 13 Z 1 letzter Satz BVergG in der novellierten Fassung sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Gleiches gilt nach § 345 Abs 13 Z 2 BVergG in der novellierten Fassung. Die Änderungen durch die Novelle haben daher weder auf die Beurteilung des Vergabeverfahrens noch auf

die im Nachprüfungsverfahren zu beachtenden Regelungen Einfluss. In beiden Fällen ist das BVergG in der Fassung vor der Novelle anzuwenden. (so auch BVA 11. 1. 2008, N/0112-BVA/14/2007-20) Mit 1. Jänner 2008 trat die Novelle zum BVergG, Bundesgesetzblatt Teil eins, 86 aus 2007,, in Kraft. Nach Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, letzter Satz BVergG in der novellierten Fassung sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Gleiches gilt nach Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer 2, BVergG in der novellierten Fassung. Die Änderungen durch die Novelle haben daher weder auf die Beurteilung des Vergabeverfahrens noch auf die im Nachprüfungsverfahren zu beachtenden Regelungen Einfluss. In beiden Fällen ist das BVergG in der Fassung vor der Novelle anzuwenden. (so auch BVA 11. 1. 2008, N/0112-BVA/14/2007-20)

3.2 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Wiener Gebietskrankenkasse. Sie ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (zB BVA 27. 11. 2006, N/0084-BVA/03/2006-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG idF BGBl II 56/2005, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Wiener Gebietskrankenkasse. Sie ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (zB BVA 27. 11. 2006, N/0084-BVA/03/2006-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, 56 aus 2005,, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes 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 Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes 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 laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 20. Dezember 2007, OZ 008, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 20. Dezember 2007, OZ 008, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß § 320 Abs 1 BVergG zulässig. Die Anforderungen des § 322 Abs 1 BVergG sind erfüllt. Ein Unzulässigkeitsgrund nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zulässig. Die Anforderungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG sind erfüllt. Ein Unzulässigkeitsgrund nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

3.3 Inhaltliche Beurteilung - Spruch Punkt I 3.3 Inhaltliche Beurteilung - Spruch Punkt römisch eins.

Nach § 101 Abs 4 BVergG darf während eines offenen Verfahrens mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden. Nach Paragraph 101, Absatz 4, BVergG darf während eines offenen Verfahrens mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.

Nach § 106 Abs 1 BVergG hat sich der Bieter bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Nach Paragraph 106, Absatz eins, BVergG hat sich der Bieter bei offenen oder

nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

Nach § 108 Abs 2 BVergG erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Nach Paragraph 108, Absatz 2, BVergG erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

Nach § 112 Abs 1 BVergG beginnt die Zuschlagsfrist mit dem Ablauf der Angebotsfrist. Sie umfasst den Zeitraum, innerhalb dessen die Erteilung des Zuschlages vorgesehen ist. Die Zuschlagsfrist ist kurz zu halten. Sie darf fünf Monate nicht überschreiten, sofern nicht in Einzelfällen aus zwingenden Gründen bereits in den Ausschreibungsunterlagen ein längerer Zeitraum angegeben war; dieser darf sieben Monate nicht überschreiten. Ist in der Ausschreibung keine Zuschlagsfrist angegeben, so beträgt sie ein Monat. Nach Paragraph 112, Absatz eins, BVergG beginnt die Zuschlagsfrist mit dem Ablauf der Angebotsfrist. Sie umfasst den Zeitraum, innerhalb dessen die Erteilung des Zuschlages vorgesehen ist. Die Zuschlagsfrist ist kurz zu halten. Sie darf fünf Monate nicht überschreiten, sofern nicht in Einzelfällen aus zwingenden Gründen bereits in den Ausschreibungsunterlagen ein längerer Zeitraum angegeben war; dieser darf sieben Monate nicht überschreiten. Ist in der Ausschreibung keine Zuschlagsfrist angegeben, so beträgt sie ein Monat.

Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist nach § 126 Abs 1 BVergG, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden. Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist nach Paragraph 126, Absatz eins, BVergG, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

Nach § 126 Abs 2 BVergG darf die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 BVergG nicht verletzen. Nach Paragraph 126, Absatz 2, BVergG darf die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 BVergG nicht verletzen.

Nach § 127 Abs 1 BVergG sind während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig. Nach Paragraph 127, Absatz eins, BVergG sind während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.

Nach § 128 Abs 1 BVergG ist über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Nach Paragraph 128, Absatz eins, BVergG ist über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind.

Nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden.

Die Auftraggeberin schied das Angebot der Antragstellerin aus. Sie begründete ihre Entscheidung damit, dass die Antragstellerin für das Los 2 ein gebrauchtes Gerät anstelle eines neuen Gerätes anbot. Weiters wich die Antragstellerin in ihrem Angebot bei den Bestimmungen über die Lieferfrist, das Skonto und die Zahlungsfrist von den Vorgaben der Ausschreibung ab. Diese Entscheidung bekämpft die Antragstellerin.

Anhand der Sachverhaltsfeststellungen ergibt sich eindeutig, dass in der Ausschreibung ein neues Gerät für das Los 2 verlangt ist und die Antragstellerin das angebotene Gerät in ihrem Angebot als "Gebrauchtgerät" bezeichnete. Darin liegt ein Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibung. Diesem Verständnis tritt die Antragstellerin auch nicht entgegen, bezeichnet es allerdings als "Redaktionsversehen", sieht die Bezeichnung als Gebrauchtgerät als verbesserbaren Mangel an und rügt die Unterlassung eines Mängelbehebungsverfahrens durch die Auftraggeberin.

Darüber hinaus steht fest, dass die angebotene Lieferfrist von "ca. 6-8 Wochen" für alle Geräte in Widerspruch zu den Festlegungen in Punkt 5.2 der Ausschreibungsbedingungen steht, wonach binnen sechs Wochen zu liefern ist. Dieser Widerspruch ergibt sich bereits aus dem Wortlaut und bedarf keiner näheren Begründung.

Ebenso steht das Angebot einer Zahlungsfrist von 30 Tagen zu der in Punkt 5.6 der Ausschreibung verlangten Zahlungsfrist von 60 Tagen in Widerspruch. Dieser Widerspruch ist vom Wortlaut her evident und bedarf keiner weiteren Begründung.

Das Angebot von 2 % Skonto bei Zahlung innerhalb von 14 Tagen steht in Widerspruch zu der Festlegung in Punkt 5.6 der Ausschreibung, dass ein Skonto von 3 % bei Zahlung innerhalb 21 Tagen gewährt wird. Dieser Widerspruch zur Ausschreibung ist klar ersichtlich.

Schließlich widerspricht der Inhalt des Angebots "Angebotsgültigkeit: 3 Monate ab Angebotsdatum", somit eine Angebotsbindungsfrist von drei Monaten, der Zuschlagsfrist von fünf Monaten nach Punkt IV.3.7 der Bekanntmachung der Ausschreibung und Punkt 5.10 der Ausschreibungsunterlagen. Dabei ist zu beachten, dass sich die Antragstellerin ab dem Angebotsdatum, dem 15. Oktober 2007, an das Angebot gebunden fühlt, jedoch die Zuschlagsfrist nach § 112 Abs 1 BVergG mit dem Ablauf der Angebotsfrist, dem 22. Oktober 2007, 11.00 Uhr, zu laufen begann. Der Unterschied des Beginns des Laufes dieser Fristen beträgt immerhin sieben Tage. Auch dieser Widerspruch ist nach dem Wortlaut des Angebotes und der Festlegungen der Ausschreibung eindeutig. Schließlich widerspricht der Inhalt des Angebots "Angebotsgültigkeit: 3 Monate ab Angebotsdatum", somit eine Angebotsbindungsfrist von drei Monaten, der Zuschlagsfrist von fünf Monaten nach Punkt römisch vier.3.7 der Bekanntmachung der Ausschreibung und Punkt 5.10 der Ausschreibungsunterlagen. Dabei ist zu beachten, dass sich die Antragstellerin ab dem Angebotsdatum, dem 15. Oktober 2007, an das Angebot gebunden fühlt, jedoch die Zuschlagsfrist nach Paragraph 112, Absatz eins, BVergG mit dem Ablauf der Angebotsfrist, dem 22. Oktober 2007, 11.00 Uhr, zu laufen begann. Der Unterschied des Beginns des Laufes dieser Fristen beträgt immerhin sieben Tage. Auch dieser Widerspruch ist nach dem Wortlaut des Angebotes und der Festlegungen der Ausschreibung eindeutig.

Auf den ersten Blick ist der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG verwirklicht, da das Angebot der Antragstellerin aus den oben genannten Gründen den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht. Auf den ersten Blick ist der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG verwirklicht, da das Angebot der Antragstellerin aus den oben genannten Gründen den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht.

Zu prüfen sind nun die Rechtfertigungsgründe der Antragstellerin.

Zu dem Angebot eines Gebrauchtgerätes führt sie im Wesentlichen aus, dass es sich dabei um ein "Redaktionsversehen" handle. Der Mangel sei verbesserbar. Die Auftraggeberin hätte eine Aufklärung verlangen müssen.

Grundsätzlich ist der Inhalt einer Erklärung, wozu nach § 2 Z 3

BVergG auch ein Angebot zählt, nach den Vorschriften des

bürgerlichen Rechts auszulegen. Dabei ist nach § 914 ABGB vorerst

der objektive Erklärungswert (VwGH 4. 9. 2002, 2000/04/0181, bbl

2003/29 = ÖJZ 2003/167 A (VwGH A) = ZfVB 2003/1589 = ZVB 2002/125

[Gunther Gruber]; 22. 5. 2003, 2003/04/0010, BVergSlg 31.9 = ZfVB

2004/1061 = ZVB-LSK 2003/93; 16. 2. 2005, 2004/04/0030, RPA 2005,

101 [Latzenhofer] = ZfVB 2006/669; Fink/Schiefer in Heid/ Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005], 403 mwN) nach dem Maßstab eines sachkundigen Bieters oder Auftraggebers zu ermitteln. Die Auslegung ist am Empfängerhorizont zu messen (Rummel in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ [2000], § 914 Rz 4). Ist dieser unklar, kommt die Zweifelsregel des § 915 ABGB zur Anwendung.¹⁰¹ [Latzenhofer] = ZfVB 2006/669; Fink/Schiefer in Heid/ Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005], 403 mwN) nach dem Maßstab eines sachkundigen Bieters oder Auftraggebers zu ermitteln. Die Auslegung ist am Empfängerhorizont zu messen (Rummel in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ [2000], Paragraph 914, Rz 4). Ist dieser unklar, kommt die Zweifelsregel des Paragraph 915, ABGB zur Anwendung.

Der Bieter hat sich nach § 106 Abs 1 BVergG an den Text der Ausschreibungsunterlagen zu halten. Maßstab für die Beurteilung der Ausschreibungskonformität eines Angebotes ist in einem offenen Verfahren lediglich das schriftliche Angebot selbst. Verhandlungen über den Angebotsinhalt sind nach § 101 Abs 4 BVergG ausgeschlossen. Die Angebotsprüfung muss daher in erster Linie auf Grundlage des schriftlich vorliegenden Angebots erfolgen. Der Bieter hat sich nach Paragraph 106, Absatz eins, BVergG an den Text der Ausschreibungsunterlagen zu halten. Maßstab für die Beurteilung der Ausschreibungskonformität eines Angebotes ist in einem offenen Verfahren lediglich das schriftliche Angebot selbst. Verhandlungen über den Angebotsinhalt sind nach Paragraph 101, Absatz 4, BVergG ausgeschlossen. Die Angebotsprüfung muss daher in erster Linie auf Grundlage des schriftlich vorliegenden Angebots erfolgen.

Auch wenn es sich um ein "Redaktionsversehen" iS eines Schreibfehlers handeln mag, ist auf Grund der Schriftlichkeit der Angebotslegung und der Angebotsprüfung der Wortlaut des Angebots beachtlich. Erst wenn der Inhalt des Angebots unklar oder zweifelhaft ist, ist ein Hinterfragen desselben möglich. Dass der Antragstellerin bewusst gewesen sein mag, dass ein Neugerät anzubieten war, ist bei diesem Text des Angebotes nicht erkennbar und angesichts der Schriftlichkeit der Angebotslegung in Zusammenhang mit dem Verhandlungsverbot in einem offenen Verfahren unbeachtlich.

Aus § 126 Abs 1 BVergG ergibt sich, dass lediglich bei Unklarheiten eine in dieser Bestimmung vorgesehene schriftliche Aufklärung vom Bieter einzuholen ist. Der Wortlaut des Angebots ist eindeutig. Angeboten wird ein Gebrauchtgerät. Darin ist jedoch keine Unklarheit des Angebots zu erkennen. Schon die Voraussetzung, eine schriftliche Aufklärung zu verlangen, fehlt. Aus Paragraph 126, Absatz eins, BVergG ergibt sich, dass lediglich bei Unklarheiten eine in dieser Bestimmung vorgesehene schriftliche Aufklärung vom Bieter einzuholen ist. Der Wortlaut des Angebots ist eindeutig. Angeboten wird ein Gebrauchtgerät. Darin ist jedoch keine Unklarheit des Angebots zu erkennen. Schon die Voraussetzung, eine schriftliche Aufklärung zu verlangen, fehlt.

Auch stellt sich die Frage, ob eine schriftliche Aufklärung nicht die Schranken des § 126 Abs 2 BVergG überschreiten würde. Die Lieferung eines Neugerätes an Stelle eines Gebrauchtgerätes würde den Inhalt der zu erbringenden Leistung wesentlich ändern. Es entspricht nicht dem Grundsatz des fairen und lauter Wettbewerbs, einen "geringerwertigen" Leistungsinhalt im Zuge der Verbesserung gegen einen höherwertigen auszutauschen. Dass der Wert eines neuen Geräts jenen eines gebrauchten übersteigt (BVA 8. 1. 2002, N-107/01-23, RPA 2002, 36), entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung. Blutanalysegeräte wie die ausgeschriebenen sind für eine Nutzungsdauer von drei bis fünf Jahren gedacht. Wenn ein Gerät wie jenes, das sich bereits im Hanusch-Krankenhaus seit 1 ½ Jahren im Einsatz

befindet, geliefert wird, verkürzt sich die zu erwartende Nutzungsdauer gegenüber einem Neugerät. Wenn bereits ein Neugerät zu dem für das Gebrauchtgerät angebotenen Preis wegen der Markteinführung eines neuen Spitzenmodells regulär zu haben gewesen wäre, stellt sich die Frage nach der Preisangemessenheit des Angebots. Auch stellt sich die Frage, ob eine schriftliche Aufklärung nicht die Schranken des Paragraph 126, Absatz 2, BVergG überschreiten würde. Die Lieferung eines Neugerätes an Stelle eines Gebrauchtgerätes würde den Inhalt der zu erbringenden Leistung wesentlich ändern. Es entspricht nicht dem Grundsatz des fairen und lauterer Wettbewerbs, einen "geringerwertigen" Leistungsinhalt im Zuge der Verbesserung gegen einen höherwertigen auszutauschen. Dass der Wert eines neuen Geräts jenen eines gebrauchten übersteigt (BVA 8. 1. 2002, N-107/01-23, RPA 2002, 36), entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung. Blutanalysegeräte wie die ausgeschriebenen sind für eine Nutzungsdauer von drei bis fünf Jahren gedacht. Wenn ein Gerät wie jenes, das sich bereits im Hanusch-Krankenhaus seit 1 ½ Jahren im Einsatz befindet, geliefert wird, verkürzt sich die zu erwartende Nutzungsdauer gegenüber einem Neugerät. Wenn bereits ein Neugerät zu dem für das Gebrauchtgerät angebotenen Preis wegen der Markteinführung eines neuen Spitzenmodells regulär zu haben gewesen wäre, stellt sich die Frage nach der Preisangemessenheit des Angebots.

Aufklärungsgespräche iSd § 127 Abs 1 BVergG sind ua nur zum Einholen von Auskünften, die zur Prüfung der Erfüllung der Mindestanforderungen erforderlich sind, zulässig. Wie bereits dargestellt gehört die Lieferung eines neuen Gerätes zu den Mindestanforderungen an die zu erbringende Leistung. Da das schriftliche Angebot im Hinblick auf das Anbieten eines Gebrauchtgerätes eindeutig ist, besteht auch kein Anlass, zur Klärung dieser Frage weitere Auskünfte einzuholen und ein Aufklärungsgespräch durchzuführen. Aufklärungsgespräche iSd Paragraph 127, Absatz eins, BVergG sind ua nur zum Einholen von Auskünften, die zur Prüfung der Erfüllung der Mindestanforderungen erforderlich sind, zulässig. Wie bereits dargestellt gehört die Lieferung eines neuen Gerätes zu den Mindestanforderungen an die zu erbringende Leistung. Da das schriftliche Angebot im Hinblick auf das Anbieten eines Gebrauchtgerätes eindeutig ist, besteht auch kein Anlass, zur Klärung dieser Frage weitere Auskünfte einzuholen und ein Aufklärungsgespräch durchzuführen.

Eine Prüfung, ob ein gleichwertiges Alternativangebot vorliegt, konnte mangels Kennzeichnung des Angebotes als Alternativangebot und Zulässigkeit von Alternativangeboten nach Punkt II.1.9 der Bekanntmachung der Ausschreibung unterbleiben. Eine Prüfung, ob ein gleichwertiges Alternativangebot vorliegt, konnte mangels Kennzeichnung des Angebotes als Alternativangebot und Zulässigkeit von Alternativangeboten nach Punkt römisch zwei.1.9 der Bekanntmachung der Ausschreibung unterbleiben.

Stellt der Auftraggeber Mängel fest, hat er die Frage der Verbesserbarkeit zu beurteilen. Verbesserbar sind nach Aicher (Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbsspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes, in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechtes [1985] 111) nur jene Mängel, "die nicht nach Angebotsöffnung zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen". Kropik betrachtet die Behebung eines Mangels nur dann als zulässig, wenn ein zivilrechtliches Angebot vorliegt, sowie durch die Mängelbehebung weder Wert noch Preis der angebotenen Leistung modifiziert und die zur Leistungserbringung aufzuwendenden Kosten nur in einem unwesentlichen Ausmaß geändert werden. Die zwingenden Ausschlussbestimmungen sind einzuhalten, der ursprüngliche Angebotswille darf nicht verloren gehen, die Vergabegrundsätze dürfen nicht verletzt werden und die Mängelbehebung muss eindeutig, transparent und nachvollziehbar sein (Kropik, Mängel im Angebot [2001] 66). Schramm geht nur dann von einem behebbaren Mangel aus, wenn zwar eine Wert- oder Preisänderung eintritt, es jedoch zu keiner Veränderung der Wettbewerbsstellung kommt (Schramm, Zum Ausscheiden von Angeboten, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP [2004] 45). Der VwGH hat ausgesprochen, dass "bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln darauf abzustellen [ist], ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde". Eine andere Sicht könnte nur dann geboten sein, "wenn durch eine Mängelbehebung eine "wenn auch nur mittelbare" materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten", oder ein derartiger formaler Mangel vorliegt, "dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden könne" (VwGH 25. 2. 2004,

2003/04/0186 = RPA 2004/92 [Latzenhofer] = ZVB 2004, 189 [Gruber]

= RdW 2004/317, 345 [Öhler]). "Ein behebbarer Mangel liegt daher

dann vor, wenn es durch die Mängelbehebung zu keiner Änderung der Bewertung unter den Zuschlagskriterien kommt, auch wenn mit der Mängelbehebung eine Wert- oder Preisänderung verbunden ist. Dies deckt sich mit der Rsp des VwGH, der darauf abstellt, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde." (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 98 Rz 153) "Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen (vgl. dazu VwGH 2003/04/0186 und EuGH Rs C-87/94, Rz 56)." (RV 1171 BlgNR 22 GP 85) dann vor, wenn es durch die Mängelbehebung zu keiner Änderung der Bewertung unter den Zuschlagskriterien kommt, auch wenn mit der Mängelbehebung eine Wert- oder Preisänderung verbunden ist. Dies deckt sich mit der Rsp des VwGH, der darauf abstellt, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde." (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 98, Rz 153) "Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen vergleiche dazu VwGH 2003/04/0186 und EuGH Rs C-87/94, Rz 56)." Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 85)

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass das Anbieten eines gebrauchten Geräts anstelle eines neuen Geräts und die Verbesserung durch Anbieten eines geforderten neuen Geräts den Angebotsinhalt derart verändern würde, dass der Wert der angebotenen Leistung stiege. Eine Verbesserung im Sinne des Nachprüfungsantrags ist daher ausgeschlossen.

Im Ergebnis stellt das Angebot eines Gebrauchtgerätes anstelle eines neuen Gerätes einen das Ausscheiden nach § 127 Abs 1 Z 7 BVergG rechtfertigenden Grund dar (BVA 8. 1. 2002, N-107/01-23, RPA 2002, 36). Im Ergebnis stellt das Angebot eines Gebrauchtgerätes anstelle eines neuen Gerätes einen das Ausscheiden nach Paragraph 127, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG rechtfertigenden Grund dar (BVA 8. 1. 2002, N-107/01-23, RPA 2002, 36).

Die übrigen von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe sind dem Angebot zu entnehmen. Es besteht dabei im Hinblick auf den eindeutigen Inhalt der Erklärungen kein Spielraum für eine nach § 914 ABGB vom Wortlaut abweichende Auslegung. Die Rechtfertigung zielt darauf, dass nach Punkt 5.1 der Ausschreibungsunterlagen die Geltung von allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bieters oder Auftragnehmers ausgeschlossen ist. Es hätte nach Ansicht der Antragstellerin im Rahmen einer Aufklärung geklärt werden können, dass sich die Antragstellerin an die Festlegungen der Ausschreibung gebunden fühlt. Die übrigen von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe sind dem Angebot zu entnehmen. Es besteht dabei im Hinblick auf den eindeutigen Inhalt der Erklärungen kein Spielraum für eine nach Paragraph 914, ABGB vom Wortlaut abweichende Auslegung. Die Rechtfertigung zielt darauf, dass nach Punkt 5.1 der Ausschreibungsunterlagen die Geltung von allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bieters oder Auftragnehmers ausgeschlossen ist. Es hätte nach Ansicht der Antragstellerin im Rahmen einer Aufklärung geklärt werden können, dass sich die Antragstellerin an die Festlegungen der Ausschreibung gebunden fühlt.

Zu ergänzen ist, dass auch nach Punkt 0.1 der Bietererklärung allenfalls angeschlossene Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bieters keine Gültigkeit haben. Die Antragstellerin hat solche jedoch nicht als eigene Ausfertigung oder als Abdruck auf einem Geschäftspapier oder Ähnlichem angeschossen oder auf zum Abruf bereit stehende verwiesen. In der mündlichen Verhandlung ergab sich, dass die Antragstellerin gar keine allgemeinen Geschäftsbedingungen besitzt. Aus diesem Ausschluss ist daher nichts für sie zu gewinnen.

Dem österreichischen Recht fehlt eine Festlegung, was unter allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verstehen ist. Die Definition des § 1 Abs 1 des deutschen AGBG kann jedoch dafür herangezogen werden. Diese legt fest, dass allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen sind, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. (Rummel in Rummel3 § 864a Rz 1) Der Zweck des massenweisen Einsatzes, nicht die äußere Form, entscheidet, ob AGB vorliegen (Krejci in Rummel3 § 879 Rz 233). Dem österreichischen Recht fehlt eine Festlegung, was unter

allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verstehen ist. Die Definition des Paragraph eins, Absatz eins, des deutschen AGBG kann jedoch dafür herangezogen werden. Diese legt fest, dass allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen sind, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. (Rummel in Rummel3 Paragraph 864 a, Rz 1) Der Zweck des massenweisen Einsatzes, nicht die äußere Form, entscheidet, ob AGB vorliegen (Krejci in Rummel3 Paragraph 879, Rz 233).

Die Angebote eines Skontos, der Zahlungsbedingungen, der Lieferfrist und der Bindungsfrist finden sich in den Angeboten der einzelnen Geräte. Sie sind daher nicht in allgemeinen Geschäftsbedingungen der Antragstellerin, sondern in individuellen Festlegungen enthalten. Letztere sind auch allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht gleichzuhalten, da sie nicht generell für alle Geschäfte dieses Unternehmers gelten und für einen massenweisen Einsatz vorgesehen sind, sondern als Modalität der Vertragsabwicklung im Einzelfall vereinbart werden sollen. Auch wenn die Antragstellerin für die Angebote der einzelnen Produkte eigene interne Muster verwendet, müssen diese nicht nur durch den Adressaten sondern auch durch andere Details wie den Preis oder Modalitäten im Einzelfall angepasst werden. Dass dies im vorliegenden Fall nicht geschah, zeigt sich an der unbestimmten Lieferfrist von 6 - 8 Wochen. Wenn nun bei der Erstellung des Angebotes das falsche Formular verwendet worden sein sollte, wurde es doch unterschrieben und dem Angebot angeschlossen. Eine unterbliebene Kontrolle vor der Unterschrift vermag an der Verbindlichkeit der schriftlichen Erklärung nichts zu ändern. Die Antragstellerin muss sie sich zurechnen lassen. Punkt 5.1. der Ausschreibungsunterlagen hat nach seiner Formulierung insbesondere durch Bezugnahme auf Rechnungen Verweise auf allgemeine Geschäftsbedingungen in Firmenpapier, Rechnungsformularen oder ähnlichen für den geschäftlichen Verkehr vorgefertigten Vorlagen vor Augen. Es soll damit eine nachträgliche Änderung der Bedingungen der Ausschreibung vermieden werden. Auch sollen Irrtümer und Erörterungen von Willensmängeln hintangehalten werden. Schließlich ist Punkt 5.1 der Ausschreibungsunterlagen nach der unbestrittenen Aussage des Vertreters der Auftraggeberin für den Zeitraum der Auftragsdurchführung gedacht, sodass er zum Zeitpunkt der Angebotsprüfung nicht zur Anwendung kommt. Für die Nichtbeachtung der von den Festlegungen der Ausschreibung abweichenden Bestimmungen des Angebotes unter dem Titel des Ausschlusses der Geltung von allgemeinen Geschäftsbedingungen nach dem dritten Absatz von Punkt 5.1 der Ausschreibungsunterlagen oder Punkt 0.1 der Bietererklärung bleibt daher kein Raum.

Zu erwägen bleibt die Zweifelsregel des zweiten Absatzes in Punkt

5.1 der Ausschreibungsunterlagen, die bei Widersprüchen einen Vorrang der Ausschreibungsunterlagen vor den Festlegungen des Angebotes vorsieht. Dieser Absatz bezieht sich auf die Liste von Vertragsbestandteilen des ersten Absatzes in Punkt 5.1 der Ausschreibungsunterlagen. Er ist nur zum Verständnis dieses Absatzes eingeführt. Die Geltung dieses ersten Absatzes ist durch die Formulierung in seinem Einleitungssatz "Im Fall der Zuschlagserteilung" bedingt. Diese Bedingung bezieht sich auf die Liste von Vertragsbestandteilen. Sie macht auch im gegebenen Zusammenhang Sinn, da der erste Vertragsbestandteil das Auftrags schreiben ist, das naturgemäß erst nach Auftragserteilung angefertigt wird. Da der zweite Absatz nur zur Erläuterung des ersten dient, kann für Zwecke der Angebotsprüfung nicht von einem Vorrang der Angebotsunterlagen vor den Angaben im Angebot ausgegangen werden. Dieses Verständnis bestätigte auch - unbestritten - der Vertreter der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung. Erklärungen des Bieters sind und bleiben auch bis zur Zuschlagserteilung beachtlich. Widersprüche zu Festlegungen der Ausschreibung können nicht als nicht gesetzt angesehen werden, sondern sind allenfalls mit dem Ausscheiden nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG bedroht. 5.1 der Ausschreibungsunterlagen, die bei Widersprüchen einen Vorrang der Ausschreibungsunterlagen vor den Festlegungen des Angebotes vorsieht. Dieser Absatz bezieht sich auf die Liste von Vertragsbestandteilen des ersten Absatzes in Punkt 5.1 der Ausschreibungsunterlagen. Er ist nur zum Verständnis dieses Absatzes eingeführt. Die Geltung dieses ersten Absatzes ist durch die Formulierung in seinem Einleitungssatz "Im Fall der Zuschlagserteilung" bedingt. Diese Bedingung bezieht sich auf die Liste von Vertragsbestandteilen. Sie macht auch im gegebenen Zusammenhang Sinn, da der erste Vertragsbestandteil das Auftrags schreiben ist, das naturgemäß erst nach Auftragserteilung angefertigt wird. Da der zweite Absatz nur zur Erläuterung des ersten dient, kann für Zwecke der Angebotsprüfung nicht von einem Vorrang der Angebotsunterlagen vor den Angaben im Angebot ausgegangen werden. Dieses Verständnis bestätigte auch - unbestritten - der Vertreter

der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung. Erklärungen des Bieters sind und bleiben auch bis zur Zuschlagserteilung beachtlich. Widersprüche zu Festlegungen der Ausschreibung können nicht als nicht gesetzt angesehen werden, sondern sind allenfalls mit dem Ausscheiden nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG bedroht.

Ungeachtet der Festlegungen in der Ausschreibung stellt eine Erklärung im Angebot nach § 2 Z 3 BVergG einen Teil der Erklärung des Bieters dar, den Auftrag erbringen zu wollen. Der Bieter erklärt, unter welchen Bedingungen neben den Festlegungen der Ausschreibung er den Auftrag ausführen will. Ungeachtet der Festlegungen in der Ausschreibung stellt eine Erklärung im Angebot nach Paragraph 2, Ziffer 3, BVergG einen Teil der Erklärung des Bieters dar, den Auftrag erbringen zu wollen. Der Bieter erklärt, unter welchen Bedingungen neben den Festlegungen der Ausschreibung er den Auftrag ausführen will.

Auch die Erklärung in Punkt 0.5 der Bietererklärung, die "Leistungen unter Berücksichtigung der gesamten Ausschreibungsunterlagen" anzubieten, vermag die Wirksamkeit und Beachtlichkeit eigener Festlegungen der Bieter nicht zu verhindern. Auch wenn der Bieter die Ausschreibungsunterlagen bei der Erstellung seines Angebotes berücksichtigt, bedeutet das nicht, dass selbständig formulierte Erklärungen unwirksam sind. Vielmehr behalten diese ihre Wirksamkeit. Berücksichtigen bedeutet schließlich lediglich, dass der Bieter die Ausschreibungsunterlagen bei der Erstellung des Angebotes gesehen, gelesen und darauf gestützt das Angebot ausgearbeitet hat. Es bleibt weiterhin Raum für eigene Erklärungen.

Schließlich vermag auch die Unterwerfung unter die Bedingungen der Ausschreibung in der Bietererklärung die Beachtlichkeit eigener Erklärungen nicht zu beseitigen.

Wie bereits oben ausgeführt, ist der objektive Erklärungsinhalt eines Angebotes nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu ermitteln.

Die Antragstellerin gab die Erklärungen in Zusammenhang mit den Angeboten der einzelnen Geräte ab. Dadurch sind sie in den Beilagen zum Angebot "versteckt", werden aber im Auftragsfall Vertragsbestandteil. Der Wille, zu diesen Bedingungen abschließen zu wollen, ist aus dem Angebot eindeutig erkennbar. Hätte die Antragstellerin zu den Bedingungen der Ausschreibung abschließen wollen, hätte sie die eigenen Festlegungen für Skonto, Zahlungsfrist, Lieferfrist und Bindungsfrist nicht einfügen müssen (in Zusammenhang mit insofern vergleichbaren Begleitschreiben siehe BVA 21. 9. 2007, N/0074-BVA/10/2007-038). Sie sind daher beachtlich und stehen in Widerspruch zu den Festlegungen der Ausschreibung. Der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG ist verwirklicht. Die Antragstellerin gab die Erklärungen in Zusammenhang mit den Angeboten der einzelnen Geräte ab. Dadurch sind sie in den Beilagen zum Angebot "versteckt", werden aber im Auftragsfall Vertragsbestandteil. Der Wille, zu diesen Bedingungen abschließen zu wollen, ist aus dem Angebot eindeutig erkennbar. Hätte die Antragstellerin zu den Bedingungen der Ausschreibung abschließen wollen, hätte sie die eigenen Festlegungen für Skonto, Zahlungsfrist, Lieferfrist und Bindungsfrist nicht einfügen müssen (in Zusammenhang mit insofern vergleichbaren Begleitschreiben siehe BVA 21. 9. 2007, N/0074-BVA/10/2007-038). Sie sind daher beachtlich und stehen in Widerspruch zu den Festlegungen der Ausschreibung. Der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ist verwirklicht.

3.4 Ersatz der Pauschalgebühr - Spruch Punkt II 3.4 Ersatz der Pauschalgebühr - Spruch Punkt römisch zwei.

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 Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. 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 Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1. Ziffer eins

dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. 2.Ziffer 2

dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt Euro 3.200 bezahlt. Rechtsgrundlage dafür wäre § 318 Abs 1 BVergG gewesen. Der Verfassungsgerichtshof hat die Wortfolge "den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und" in § 318 Abs 1 BVergG aufgehoben, ohne eine Reparaturfrist zu setzen (VfGH 8. 10. 2007, G 47/07, RdW 2007/758). Dieses Erkenntnis wurde in BGBl I 84/2007, ausgegeben am 19. November 2007 kundgemacht. Daraus ergibt sich, dass die Antragstellerin für ihren Nachprüfungsantrag nach § 320 Abs 1 BVergG und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach § 328 Abs 1 BVergG keine Pauschalgebühr schuldet. Sie hat daher Anspruch auf Rücküberweisung. Da somit keine Pauschalgebühr entrichtet wurde, besteht auch kein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr durch die Antragstellerin. Gleiches gilt für die im Antrag erwähnten "weiteren Gebühren", da solche weder angefallen sind noch eine Rechtsgrundlage für deren Erstattung bestünde. Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt Euro 3.200 bezahlt. Rechtsgrundlage dafür wäre Paragraph 318, Absatz eins, BVergG gewesen. Der Verfassungsgerichtshof hat die Wortfolge "den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins, und" in Paragraph 318, Absatz eins, BVergG aufgehoben, ohne eine Reparaturfrist zu setzen (VfGH 8. 10. 2007, G 47/07, RdW 2007/758). Dieses Erkenntnis wurde in Bundesgesetzblatt Teil eins, 84 aus 2007,, ausgegeben am 19. November 2007 kundgemacht. Daraus ergibt sich, dass die Antragstellerin für ihren Nachprüfungsantrag nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach Paragraph 328, Absatz eins, BVergG keine Pauschalgebühr schuldet. Sie hat daher Anspruch auf Rücküberweisung. Da somit keine Pauschalgebühr entrichtet wurde, besteht auch kein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr durch die Antragstellerin. Gleiches gilt für die im Antrag erwähnten "weiteren Gebühren", da solche weder angefallen sind noch eine Rechtsgrundlage für deren Erstattung bestünde.

Dokumentnummer

VERGT_20080123_N_0125_BVA_10_2007_026_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