

TE Verg Bescheid 2007/11/14 N/0100-BVA/05/2007-36

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.11.2007

Norm

BVergG 2006 §1 Abs1 Z1

BVergG 2006 §1 Abs1 Z3

BVergG 2006 §2 Z1

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §74 Abs1 Z2

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §303 Abs1

BVergG 2006 §304 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §323 Abs4

BVergG 2006 §324 Abs2

BVergG 2006 §324 Abs3

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 § 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 § 74 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
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 § 303 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
-
1. BVergG 2006 § 304 gültig von 12.07.2013 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
 2. BVergG 2006 § 304 gültig von 01.02.2006 bis 11.07.2013
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
-
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 § 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 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 323 gültig von 12.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Anpassung und Erweiterung der Verbandskläranlage auf 120.000 EW, BA 33, Maschinentechnik, Leitungen und Armaturen" des Abwasserverbandes Grazerfeld, Untere Aue 20, 8410 Wildon, entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 17. Oktober 2007 "Das Bundesvergabeamt möge im Vergabeverfahren des Abwasserverbandes (AWV) Grazerfeld zur Vergabe der Leistungen "ARA Grazerfeld - 2. Anpassung BA 33, Maschinentechnik - Leitungen und Armaturen" die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers auf das Angebot der B*** für nichtig erklären",

wird stattgegeben.

II.römisch zwei.

Der Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 17. Oktober 2007 "dem Auftraggeber den Ersatz von EUR 3.200,00 Antragsgebühren binnen 14 Tagen bei sonstigem Zwange an die Antragstellerin aufzuerlegen",

wird abgewiesen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 17. Oktober 2007 beantragte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X***, wie im Spruch dieses Bescheides wiedergegeben. Ergänzt wurde das Antragsbegehren durch einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welchem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 23. Oktober 2007, N/0100-BVA/05/2007-EV8, stattgegeben wurde sowie einen Antrag auf Akteneinsicht und einen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, welche am 6. November 2007 stattfand.

Das Nachprüfungsbegehren der Antragstellerin wurde in Schriftsätzen vom 17. Oktober 2007 und vom 2. November 2007 sowie in der mündlichen Verhandlung am 6. November 2007 im Wesentlichen zusammengefasst damit begründet, dass das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin B*** (im Weiteren: B***) im Vergabeverfahren vom Auftraggeber auszuschneiden sei und daher diesem Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden dürfte. Die auf B*** lautende Zuschlagsentscheidung sei für nichtig zu erklären. Die Ausschreibung sehe vor, dass bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung im Angebot eines Bieters bei sonstigem Ausscheiden des entsprechenden Angebotes der Nachweis des Abschlusses einer Haftpflichtversicherung enthalten sein müsse. Das Angebot von B*** habe zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung keinen entsprechenden Nachweis enthalten. Der Auftraggeber habe bereits in der Ausschreibung den Mangel des Vorliegens eines Versicherungsnachweises als unbehebbarer Mangel qualifiziert. Diese

Festlegung sei mangels entsprechender Anfechtung bestandsfest geworden. Eine Aufforderung des Auftraggebers zur Nachreichung eines entsprechenden Nachweises an B*** hätte unterbleiben müssen. Das Angebot von B*** hätte ausgeschieden werden müssen. Zudem sei ein von der Antragstellerin gelegtes Abänderungsangebot vergaberechtswidrig nicht berücksichtigt worden.

Der Abwasserverband Grazerfeld, Untere Aue 20, 8410 Wildon (im Weiteren: Auftraggeber), der auf der Grundlage einer dem Bundesvergabeamt vorgelegten Vollmacht im Vergabeverfahren vom Büro Haslauer & Partner GesmbH vertreten wird, hat soweit es für die gegenständliche Entscheidung maßgeblich ist, im Wesentlichen zusammengefasst in einem Schriftsatz vom 20. Oktober 2007 sowie in der mündlichen Verhandlung am 6. November 2007 ausgeführt, dass aus der Ausschreibung nicht herausgelesen werden könnte, dass das Nachreichen des Versicherungsnachweises nicht erlaubt sei. Wenn ein entsprechender Versicherungsnachweis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht dem Angebot beiliege, hätte der Auftraggeber diesen Nachweis nachzufordern. Es sei beim Angebot von B*** diesbezüglich ein behebbarer Mangel vorgelegen, der vergaberechtskonform im Vergabeverfahren behoben worden wäre. Die Ausschreibung verlange lediglich, dass zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe die entsprechende Eignung (Abschluss einer Haftpflichtversicherung) vorliege. Der entsprechende Nachweis darüber könne sehr wohl nachverlangt werden. Zudem habe die Antragstellerin selbst ihrem Angebot keinen ausschreibungskonformen Haftpflichtversicherungsnachweis beigelegt. Der von der von der Antragstellerin ihrem Angebot beigelegte Nachweis bestätige nur eine Versicherungslaufzeit bis 1. Jänner 2008 während unter B.16.3 der Ausschreibungsunterlagen eine Versicherungslaufzeit bis Ende 2009 bedungen worden sei.

Das von der Antragstellerin angebotene Abänderungsangebot habe eine Materialänderung der ausgeschriebenen Armaturen (Schieber, Stellglieder) von Edelstahl in A4 Qualität (rost- und säurebeständig) auf GG Grauguss (weder rost- noch säurebeständig) zum Inhalt. Das Abänderungsangebot sei daher auszuschneiden, da „minderwertigeres Material“ vorgeschlagen worden wäre. Diese Abweichung sei nicht gering, sodass kein Abänderungs- sondern ein Alternativangebot vorliege, welches in den Ausschreibungsunterlagen für nicht zulässig erklärt worden wäre.

B*** hat mit Schriftsatz vom 25. Oktober 2007, eingelangt im Bundesvergabeamt am 29. Oktober 2007 begründete Einwendungen erhoben und - soweit entscheidungserheblich - im Wesentlichen zusammengefasst in einem Schriftsatz vom 25. Oktober 2007 und in der mündlichen Verhandlung am 6. November 2007 eingewandt, dass die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform zu ihren Gunsten getroffen worden wäre. Aus den Ausschreibungsunterlagen könne entnommen werden, dass der Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung über Aufforderung des Auftraggebers auch nachgereicht werden könnte, zumal sich im Vergabeverfahren herausgestellt habe, dass die entsprechende Versicherung mit einer ausreichenden Deckungssumme und einer ausreichenden Laufzeit bereits vor Abgabe des Angebots und somit vor Angebotsöffnung abgeschlossen worden wäre. Es sei ein behebbarer Mangel vorgelegen, der vergaberechtskonform behoben worden wäre. Eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung von B*** und damit einhergehend eine Begünstigung gegenüber Mitbewerbern sei damit nicht verbunden gewesen.

Auf der Grundlage der Schriftsätze der Antragstellerin vom 17. Oktober 2007 (OZ 1) und vom 2. November 2007 (OZ 26), der Schriftsätze des Auftraggebers vom 20. Oktober 2007 (OZ 6 = OZ 7)

bzw. vom 20. Oktober 2007 (OZ 15 = OZ 17), des Schriftsatzes von

B*** vom 25. Oktober 2007 (OZ 16 = OZ 23), den vom Auftraggeber

vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens (OZ 5 und OZ 22 sowie OZ 24 und OZ 25) sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 6. November 2007 (OZ 32) wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Auf der Grundlage einer Kostenschätzung wurde vom Auftraggeber am 10. August 2007 eine Bekanntmachung einer Ausschreibung (Lieferauftrag im Oberschwellenbereich) an das Amt für Amtliche Veröffentlichung übermittelt, wo sie zu 2007/S 154-191938 am 11. August 2007 veröffentlicht wurde. Der Auftrag wurde vom Auftraggeber in der Bekanntmachung mit "Lieferung und Montage der für die Erweiterung erforderlichen Leitungen und Armaturen. Die Leitungen bestehen größtenteils aus säurebeständigem Stahl (V4A) und sind in Gebäuden und Kollektoren auf zu liefernde Konsolen zu verlegen und an bauseitige Anlagenteile anzuschließen. Weiters sind bestehende Leitungen umzubauen und zu liefernde Armaturen (zB. Pneumatikschieber, Messanschlüsse udgl.) in bestehende und neue Leitungen einzubauen", umschrieben.

Gemäß Ausschreibungsunterlagen sind Alternativangebote nicht zugelassen. Abänderungsangebote sind nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zugelassen. Darüber hinaus wird für Abänderungsangebote Folgendes festgelegt:

"Abänderungsangebote sind detailliert zu beschreiben und jedenfalls planlich darzustellen.

Allfällige Auswirkungen auf die ausgeschriebene Leistungsfrist, sonstige Folgewirkungen und Folgekosten müssen angeführt werden. Für jedes Abänderungsangebot ist der Gesamtpreis anzugeben. Der Bieter garantiert gemäß ÖNORM B 2110 Abschnitt 5.24.7 für den Umfang des Abänderungsangebotes die Mengen, die seinem Angebot zugrunde liegen, insoweit dieses die Grundlagen der Mengenermittlung der Ausschreibung abändert.

Abänderungsangebote sind nur für geringfügige Variationen der ausgeschriebenen Anlage möglich und müssen jedenfalls dieselben Auslegungsreserven und Aggregatanzahl aufweisen wie die ausgeschriebene Anlage.

Abänderungsangebote sind jedenfalls nicht zugelassen, wenn

- -Strichaufzählung
minderwertigeres Material vorgeschlagen wird
- -Strichaufzählung
Wirkungsgrade geringer sind
- -Strichaufzählung
geringere Lebensdauer zu erwarten ist
- -Strichaufzählung
höherer Wartungsaufwand zu erwarten ist
- -Strichaufzählung
Auswirkungen auf vorgelagerte oder nachgereichte Anlagenteile oder den Bestand zu erwarten sind
- -Strichaufzählung
diese eine Systemänderung auch nur einer Anlagenkomponente beinhalten."

In Punkt B.7 der Ausschreibungsunterlagen wird folgendes angeführt:

"Das Angebot besteht zwingend aus:

- -Strichaufzählung
...
- -Strichaufzählung
alle notwendigen Nachweise gemäß Pkt. B.16
- -Strichaufzählung
..."

Punkt B.16 der Ausschreibungsunterlagen sieht Folgendes vor:

"Mindestanforderung an den Bieter und das Angebot (Teilnahmebedingung) als Voraussetzung für die Berücksichtigung des Angebotes im Zuschlagsverfahren

Die für den Nachweis der Erfüllung der Mindestanforderungen gemäß den Punkten B.16.1, B.16.2 und B.16.3 erforderlichen Unterlagen sind dem Angebot beizulegen. Der unvollständige Nachweis der Mindestanforderungen führt zu einem Ausscheiden des Angebotes vom Zuschlagsverfahren."

Punkt B.16.3 "Haftpflichtversicherung" weist folgenden Inhalt auf:

"Nachweis über den Bestand einer Haftpflichtversicherung mit einer für den angebotenen Geschäftsfall geltenden Deckungssumme von €

600.000. Die Laufzeit der Haftpflichtversicherung muss mindestens bis Ende 2009 garantiert sein, bzw. eine Nachhaftung bis mindestens Ende 2009 sicherstellen."

Punkt B 10 "Prüfung der Angebote" lautet wie folgt:

"B.10.1 Erläuternd und ergänzend zum Bundesvergabegesetz werden Angebote ausgeschieden, die nachstehende unbehebbarer Mängel aufweisen:

- -Strichaufzählung
- ...
- -Strichaufzählung
fehlende Nachweise gemäß Pkt. B 16 (Promesse, Referenznachweis)
- -Strichaufzählung
- ...

...

B.10.3 Erläuternd und ergänzend zum Bundesvergabegesetz werden Angebote ausgeschieden, die behebbare Mängel aufweisen, die über Aufforderung nicht, nicht ausreichend oder nicht rechtzeitig behoben wurden, wie beispielhaft - fehlerhafter oder dem bedungenen Format nicht entsprechender Datenträger

B.10.4 Erläuternd und ergänzend zum Bundesvergabegesetz werden Angebote von Bietern ausgeschieden, zu deren Beurteilung seitens des Auftraggebers Erklärungen und Nachweise nachgefordert wurden und diese nicht, nicht ausreichend und/oder nachvollziehbar begründet, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig vorgelegt werden. Beispielhaft sind dies

- -Strichaufzählung
Bekanntgabe der Kalkulationsgrundlagen zu besonders tiefen oder hohen Einheitspreisen im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 125 BVergG Bekanntgabe der Kalkulationsgrundlagen zu besonders tiefen oder hohen Einheitspreisen im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, BVergG
- -Strichaufzählung
Nachweise zu den §§ 70-77 BVergG (Eignung, Befugnis, allgemeine und besondere Zuverlässigkeit, finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit, etc.) Nachweise zu den Paragraphen 70 -, 77, BVergG (Eignung, Befugnis, allgemeine und besondere Zuverlässigkeit, finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit, etc.)
- -Strichaufzählung
Sonstige angeforderte Aufklärungen zu vertraglichen, wirtschaftlichen oder technischen Belangen"

Als Zuschlagskriterien wurde

- -Strichaufzählung
der Angebotspreis mit 10 %
- -Strichaufzählung
die Verlängerung der Gewährleistungsfrist (von 3 auf x Jahren) mit 10 %
- -Strichaufzählung
Referenzen mit 10 %

gewichtet. In den Ausschreibungsunterlagen wird auch ausgeführt wie bei jedem der drei Zuschlagskriterien die Punktevergabe vorgenommen wird.

Schlussstermin für eine Angebotsabgabe war der 2. Oktober 2007,

8.45 Uhr. Sowohl die Antragstellerin als auch B*** haben fristgerecht ein Angebot abgegeben.

Die Antragstellerin hat ihrem Angebot eine Bestätigung der C*** vom 9. Jänner 2007 hinsichtlich des aufrechten Bestandes einer Betriebshaftversicherung über eine Laufzeit von 1. Jänner 2007 bis 1. Jänner 2008, 0:00 Uhr mit einer Pauschalversicherungssumme für Personen- und Sachschäden von EUR 7,500.000.-- pro Versicherungsfall bzw. EUR 15,000.000.-- pro Versicherungsjahr beigelegt. Zusätzlich wurde ein Deckungsbrief hinsichtlich eines Montage-Jahresumsatzvertrages der C*** vom 11. Jänner 2007 vorgelegt, der ein Höchstentschädigungslimit von EUR 2,500.000.-- pro Schadensfall vorsieht und hinsichtlich der Vertragslaufzeit auf Montageobjekte abstellt (max. 18 Monate Montagedauer, max. 4 Wochen Probetrieb und im Anschluss an den Probetrieb, 24 Monate extended maintenance). Das Angebot der Antragstellerin enthielt fünf anrechenbare Referenzen und es wurde eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist um weitere drei Jahre angeboten. Die Gesamtangebotssumme in diesem Angebot (excl. 20 % USt) wurde mit EUR 1,226.893,08 angegeben.

Zusätzlich ist im Angebot der Antragstellerin eine Seite, die mit "Abänderungsangebot" übertitelt ist, enthalten. Daraus kann man entnehmen, dass die Antragstellerin auch die Lieferung der Zwischenflanschschieber nicht wie beschrieben in Ausführung Edelstahl, sondern:

"Plattenschieber mit nichtsteigender Spindel Werkst.1.4301 mit Handrad, Platte aus Werkst. 1.4571 sowie Gehäuse aus GG25 mit EKB Beschichtung RAL 5015"

anbietet. Dieser Seite ist die Bieterlückenauflistung unter Berücksichtigung des geänderten Angebotes beigelegt. Aus dieser Bieterlückenauflistung ergibt sich eine angebotene Gesamtangebotssumme (excl. 20 % USt) von EUR 1.112.979,51. Weitere Informationen zum "Abänderungsangebot" sind nicht beigelegt.

Das Angebot von B*** weist einen Gesamtangebotspreis (excl. 20 % USt) von EUR 1.088.868,12 auf. Im diesem Angebot wurden drei anrechenbare Referenzen genannt und ebenfalls eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist um weitere drei Jahre angeboten. Ein Nachweis des Abschlusses einer Haftpflichtversicherung wie in Punkt B. 16.3 der Ausschreibungsunterlagen gefordert, liegt dem Angebot von B*** nicht bei.

Mit Telefax vom 2. Oktober 2007 wurde B*** im Vergabeverfahren aufgefordert - binnen einer Woche bei sonstigem Ausscheiden des Angebotes - den Nachweis über den Bestand einer Haftpflichtversicherung mit einer für den angebotenen Geschäftsfall geltenden Deckungssumme von EUR 600.000.-- vorzulegen. Auf die Laufzeit der Haftpflichtversicherung gemäß Punkt. B.16.3 der Ausschreibungsunterlagen wurde dabei ebenfalls hingewiesen. Mit Schreiben vom 5. Oktober wurde von B*** eine Polizza einer am 6. Juli 2005 abgeschlossenen Haftpflichtversicherung mit einer Laufzeit bis 1. Februar 2016, 0.00 Uhr und einer Deckungssumme von EUR 14.534.567.-- vorgelegt.

Auf der Grundlage der Prüfung der Angebote wurden entsprechend den in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien das Angebot von B*** mit 96 Punkten und das Angebot der Antragstellerin mit 91 Punkten bewertet. Im Prüfprotokoll wird auch dargelegt, dass das "Abänderungsangebot" der Antragstellerin sich auf Schieber - nicht wie beschrieben in Ausführung aus Edelstahl sondern auf Schieber aus Gusseisen - beziehe; daher beruhe das Abänderungsangebot auf minderwertigerem Material und sei demnach nicht zu berücksichtigen.

Auf der Grundlage dieser Bewertung wurde zu Gunsten des Angebotes von B*** am 9. Oktober 2007 eine Zuschlagsentscheidung allen Bietern bekannt gegeben, die jedoch am 16. Oktober 2007 für unwirksam erklärt wurde. Gleichzeitig mit der Unwirksamklärung am 16. Oktober 2007 wurde den Bietern per Telefax eine neuerliche Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Angebotes von "B***" bekanntgegeben. Noch am selben Tag wurde per Telefax der Name des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers von "B***" richtig gestellt.

Der Nachprüfungsantrag langte im Bundesvergabeamt am 18. Oktober 2007 per Telefax um 13.32 Uhr ein. Die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung in Höhe von gemeinsam EUR. 3.200.-- wurden entrichtet.

In der mündlichen Verhandlung am 6. November 2007 legte die Antragstellerin die mit 31. Jänner 2007 datierte Polizza einer auf sie lautenden Berufshaftpflichtversicherung mit einer Vertragsdauer von 1. Jänner 2007 bis 1. Oktober 2017, jeweils 0:00 Uhr, und einer Pauschalversicherungssumme für Personen- und Sachschäden bis EUR 7.500.000.-- vor und führte dazu aus, dass sie - wäre sie im Vergabeverfahren dazu aufgefordert worden - diese Polizza vorgelegt hätte.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der wiedergegebene Sachverhalt ergibt sich aus den widerspruchsfreien Angaben der Verfahrensparteien, soweit diese Kenntnis hatten, und findet volle Deckung in den vom Auftraggeber vorgelegten Verfahrensunterlagen.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Antragsvoraussetzungen bzw. Parteistellung:

Gemäß § 312 Abs. 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig.

Da in der gegenständlichen Vergabeangelegenheit eine Zuschlagserteilung (noch) nicht erfolgte, ist das Bundesvergabeamt gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig. Da in der gegenständlichen Vergabeangelegenheit eine Zuschlagserteilung (noch) nicht erfolgte, ist das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig.

1. 1.Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie
2. 2.Ziffer 2
zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch einen öffentlichen Auftraggeber (vgl. Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 5. Oktober 2006, N/0073-BVA/07/2006-39) zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 1 BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 3 BVergG fällt. Das Bundesvergabegesetz und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei dieses gemäß § 303 Abs. 1 iVm § 304 Abs. 1 BVergG im Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes vom Vorsitzenden zugewiesen wurde, tätig wird. An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch einen öffentlichen Auftraggeber vergleiche Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 5. Oktober 2006, N/0073-BVA/07/2006-39) zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG fällt. Das Bundesvergabegesetz und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei dieses gemäß Paragraph 303, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 304, Absatz eins, BVergG im Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes vom Vorsitzenden zugewiesen wurde, tätig wird.

Für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sieht § 320 Abs. 1 BVergG vor, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern Für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sieht Paragraph 320, Absatz eins, BVergG vor, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern

1. 1.Ziffer eins
er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet, und
2. 2.Ziffer 2
ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Hiezu wird vom entscheidenden Senat ausgeführt, dass bislang weder eine Zuschlagserteilung noch eine Widerrufserklärung vorliegt. Die Zuschlagsentscheidung vom 16. Oktober 2007 ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hat die Antragstellerin glaubhaft dokumentiert, indem sie im Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben hat und letztlich auch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt hat und die hierfür erforderliche Pauschalgebühr zur Einzahlung gebracht hat. Auf einen drohenden Schaden wurde im Nachprüfungsantrag hingewiesen. Somit war das Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Hiezu wird vom entscheidenden Senat ausgeführt, dass bislang weder eine Zuschlagserteilung noch eine Widerrufserklärung vorliegt. Die Zuschlagsentscheidung vom 16. Oktober 2007 ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hat die Antragstellerin glaubhaft dokumentiert, indem sie im Vergabeverfahren ein Angebot

abgegeben hat und letztlich auch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt hat und die hierfür erforderliche Pauschalgebühr zur Einzahlung gebracht hat. Auf einen drohenden Schaden wurde im Nachprüfungsantrag hingewiesen. Somit war das Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Der Nachprüfungsantrag ist unter Beachtung von § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG fristgerecht. Auch die sonstigen Antragsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG sind erfüllt; die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Der Nachprüfungsantrag ist unter Beachtung von Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG fristgerecht. Auch die sonstigen Antragsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG sind erfüllt; die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zuständigkeit des Senates 5 des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit gegeben ist und die Antragstellerin sämtliche Antragsvoraussetzungen erfüllt.

Gemäß § 324 Abs. 2 BVergG ist insbesondere im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nachprüfungsverfahrens. Gemäß § 324 Abs. 3 BVergG verliert der in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter seine Parteistellung, wenn er seine begründeten Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung nicht binnen zwei Wochen ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (§ 323 Abs. 4 BVergG) erhebt. Da B*** begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung innerhalb der zweiwöchigen Frist ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erhoben hat, ist sie Partei im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren. Gemäß Paragraph 324, Absatz 2, BVergG ist insbesondere im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nachprüfungsverfahrens. Gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG verliert der in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter seine Parteistellung, wenn er seine begründeten Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung nicht binnen zwei Wochen ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (Paragraph 323, Absatz 4, BVergG) erhebt. Da B*** begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung innerhalb der zweiwöchigen Frist ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erhoben hat, ist sie Partei im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren.

Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Als Beschwerdepunkte, über die das Bundesvergabeamt im Zuge dieses Bescheides zu erkennen hat, führte die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren aus, dass das Angebot von B*** mangelhaft sei, da diesem zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung kein Nachweis über das Bestehen einer aufrechten Haftpflichtversicherung beigelegt gewesen wäre, was unter Berücksichtigung der Ausschreibungsunterlagen zum Ausscheiden dieses Angebotes führen müsste. Weiters habe der Auftraggeber ein Abänderungsangebot der Antragstellerin vergaberechtswidrig nicht berücksichtigt.

Die Antragstellerin führte ursprünglich im Nachprüfungsantrag vom 17. Oktober 2007 sowie in ihrem Schriftsatz vom 2. November 2007 noch einen weiteren Beschwerdepunkt heran, zog diesen in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 6. November 2007 jedoch wiederum zurück.

Zum Erfordernis des Vorliegens eines Nachweises über den Bestand einer Haftpflichtversicherung:

Sowohl das BVergG (§§ 126 und 129 Abs. 1 Z 7) als auch die Rechtsprechung des VwGH, der Vergabekontrollbehörden und die Vergaberechtsliteratur unterscheiden zwischen verbesserungsfähigen und nicht verbesserungsfähigen

Mängeln. Das bedeutet, dass nicht jeder Mangel eines oder in einem Angebot sofort und jederzeit zum Ausscheiden des Angebotes, das diesen Mangel ausweist, führt. In der Literatur und auch in der Rechtsprechung orientiert man sich an der von Aicher (vgl. dazu Aicher in Korinek/ Rill (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts (1985) 411f oder VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186, VwGH vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030, VwGH vom 29. Juni 2005, 2005/04/0024 bzw. BVA vom 23. März 2007, N/0015-BVA/05/2007-32) entwickelten Theorie von der Verbesserung der Wettbewerbsposition eines Bieters in einem Vergabeverfahren. Verkürzt dargestellt liegt immer dann ein verbesserbarer Mangel vor, wenn die Behebung eines festgestellten Mangels in einem Angebot zu keiner Verbesserung der Wettbewerbsposition des verbessernden Bieters führt. Beispiel dafür ist, dass ein Gewerbetreibender, der über einen Gewerbeschein verfügt, diesen dem Angebot aber nicht beilegt, obwohl in der Ausschreibung der Nachweis der entsprechenden Befugnis gefordert wird. Verbesserbar ist das Nichtvorliegen eines solchen unterlassenen Nachweises immer dann, wenn es hierzu nicht erforderlich ist, neue Rechtsbeziehungen zu begründen, sondern Nachweise über bereits bestehende Rechtsbeziehungen beizubringen. Gleich verhält sich das mit allen Arten von Nachweisen und somit auch mit einem Nachweis über das aufrechte Bestehen eines Berufshaftpflichtversicherungsverhältnisses. B*** hat im Vergabeverfahren - nach Aufforderung durch den Auftraggeber - unbestreitbar nachgewiesen, dass sie bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe über eine Haftpflichtversicherung, die hinsichtlich der Deckungssumme und des Versicherungszeitraumes als ausreichend anzusehen sind, verfügt hat. Ein nachträglicher Abschluss einer Haftpflichtversicherung nach Angebotsabgabe und damit eine einhergehende Verbesserung der Wettbewerbsposition von B*** haben nicht stattgefunden. Sowohl das BVergG (Paragraphen 126 und 129 Absatz eins, Ziffer 7,) als auch die Rechtsprechung des VwGH, der Vergabekontrollbehörden und die Vergaberechtsliteratur unterscheiden zwischen verbesserungsfähigen und nicht verbesserungsfähigen Mängeln. Das bedeutet, dass nicht jeder Mangel eines oder in einem Angebot sofort und jederzeit zum Ausscheiden des Angebotes, das diesen Mangel ausweist, führt. In der Literatur und auch in der Rechtsprechung orientiert man sich an der von Aicher vergleiche dazu Aicher in Korinek/ Rill (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts (1985) 411f oder VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186, VwGH vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030, VwGH vom 29. Juni 2005, 2005/04/0024 bzw. BVA vom 23. März 2007, N/0015-BVA/05/2007-32) entwickelten Theorie von der Verbesserung der Wettbewerbsposition eines Bieters in einem Vergabeverfahren. Verkürzt dargestellt liegt immer dann ein verbesserbarer Mangel vor, wenn die Behebung eines festgestellten Mangels in einem Angebot zu keiner Verbesserung der Wettbewerbsposition des verbessernden Bieters führt. Beispiel dafür ist, dass ein Gewerbetreibender, der über einen Gewerbeschein verfügt, diesen dem Angebot aber nicht beilegt, obwohl in der Ausschreibung der Nachweis der entsprechenden Befugnis gefordert wird. Verbesserbar ist das Nichtvorliegen eines solchen unterlassenen Nachweises immer dann, wenn es hierzu nicht erforderlich ist, neue Rechtsbeziehungen zu begründen, sondern Nachweise über bereits bestehende Rechtsbeziehungen beizubringen. Gleich verhält sich das mit allen Arten von Nachweisen und somit auch mit einem Nachweis über das aufrechte Bestehen eines Berufshaftpflichtversicherungsverhältnisses. B*** hat im Vergabeverfahren - nach Aufforderung durch den Auftraggeber - unbestreitbar nachgewiesen, dass sie bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe über eine Haftpflichtversicherung, die hinsichtlich der Deckungssumme und des Versicherungszeitraumes als ausreichend anzusehen sind, verfügt hat. Ein nachträglicher Abschluss einer Haftpflichtversicherung nach Angebotsabgabe und damit eine einhergehende Verbesserung der Wettbewerbsposition von B*** haben nicht stattgefunden.

Wenn nunmehr die Antragstellerin darauf hinweist, dass in den Ausschreibungsunterlagen der an sich verbesserungsfähige Mangel der Nichtvorlage eines Versicherungsnachweises vom Auftraggeber selbst zu einem nicht verbesserungsfähigen Mangel erklärt wurde, liest sie die Bestimmung des Punktes B.10.1 der Ausschreibungsunterlage isoliert ohne diesen Punkt in Zusammenhang mit Punkt B 10.3 und insbesondere Punkt B.10.4 zu bringen. Wenn man Punkt B. 10.1 (Angebote werden ausgeschieden, die den nachstehenden unbehebbar Mangel aufweisen (fehlender Nachweis einer Haftpflichtversicherung) liest, muss man sich zwangsweise fragen, ob diese Bestimmung so gemeint sein kann, dass eine Nachreichung eines entsprechenden Nachweises nicht oder schon ausgeschlossen ist. Aus Punkt B.10.1 allein lässt sich darauf weder eine Antwort dafür noch dagegen finden. Punkt B. 10.3 trägt hinsichtlich einer Klärung nur insoweit bei, als darin dargelegt wird, dass es einerseits neben unbehebbar Mängeln in diesem Vergabeverfahren auch behebbar Mängel geben muss, die einer Verbesserung zugänglich sind. Die daran angeschlossene Beispielliste mit nur einem Beispiel ist sehr kurz und trägt zur Klärung der Frage, ob im gegenständlichen Vergabeverfahren hinsichtlich des Fehlens eines Versicherungsnachweises im Angebot zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebotes ein behebbarer oder ein unbehebbarer Mangel vorliegt, wenig bei. Volle Klärung

bringt jedoch Punkt B.10.4 der Ausschreibungsbestimmungen. Darin wird festgehalten, dass Nachweise nachgefordert werden können. In der Beispielliste wird ausdrücklich auf §§ 70-77 BVergG (Eignung, Befugnis, allgemeine und besondere Zuverlässigkeit, finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit, etc.) Bezug genommen. Beim Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung handelt es sich um einen Nachweis betreffend die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Sinne des § 74 Abs. 1 BVergG. Diesbezüglich wird vom Bundesvergabeamt auch auf § 74 Abs. 1 Z 2 BVergG hingewiesen, wo der Nachweis einer entsprechenden Berufshaftverpflichtung ausdrücklich genannt wird. Wenn nunmehr die Antragstellerin darauf hinweist, dass in den Ausschreibungsunterlagen der an sich verbesserungsfähige Mangel der Nichtvorlage eines Versicherungsnachweises vom Auftraggeber selbst zu einem nicht verbesserungsfähigem Mangel erklärt wurde, liest sie die Bestimmung des Punktes B.10.1 der Ausschreibungsunterlage isoliert ohne diesen Punkt in Zusammenhang mit Punkt B 10.3 und insbesondere Punkt B.10.4 zu bringen. Wenn man Punkt B. 10.1 (Angebote werden ausgeschieden, die den nachstehenden unbehebbar Mangel aufweisen (fehlender Nachweis einer Haftpflichtversicherung) liest, muss man sich zwangsweise fragen, ob diese Bestimmung so gemeint sein kann, dass eine Nachreichung eines entsprechenden Nachweises nicht oder schon ausgeschlossen ist. Aus Punkt B.10.1 allein lässt sich darauf weder eine Antwort dafür noch dagegen finden. Punkt B. 10.3 trägt hinsichtlich einer Klärung nur insoweit bei, als darin dargelegt wird, dass es einerseits neben unbehebbar Mängeln in diesem Vergabeverfahren auch behebbar Mängel geben muss, die einer Verbesserung zugänglich sind. Die daran angeschlossene Beispielliste mit nur einem Beispiel ist sehr kurz und trägt zur Klärung der Frage, ob im gegenständlichen Vergabeverfahren hinsichtlich des Fehlens eines Versicherungsnachweises im Angebot zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebotes ein behebbarer oder ein unbehebbarer Mangel vorliegt, wenig bei. Volle Klärung bringt jedoch Punkt B.10.4 der Ausschreibungsbestimmungen. Darin wird festgehalten, dass Nachweise nachgefordert werden können. In der Beispielliste wird ausdrücklich auf Paragraphen 70 -, 77, BVergG (Eignung, Befugnis, allgemeine und besondere Zuverlässigkeit, finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit, etc.) Bezug genommen. Beim Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung handelt es sich um einen Nachweis betreffend die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Sinne des Paragraph 74, Absatz eins, BVergG. Diesbezüglich wird vom Bundesvergabeamt auch auf Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hingewiesen, wo der Nachweis einer entsprechenden Berufshaftverpflichtung ausdrücklich genannt wird.

Zusammengefasst kommt der zur Entscheidung berufene Senat zum Ergebnis, dass das Unterlassen des Vorlegens eines Nachweises einer geforderten Haftpflichtversicherung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe einen verbesserungsfähigen Mangel darstellt, der auch im gegenständlichen Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Ausschreibungsunterlagen einen verbesserungsfähigen Mangel darstellt. Dieser Mangel wurde vergaberechtskonform verbessert, ohne dass es zu einer Verbesserung der Wettbewerbsposition von B*** gekommen ist.

Sofern die Antragstellerin ausführt, dass immer dann, wenn es einem Bieter in einem Vergabeverfahren im Zuge eines Verbesserungsauftrages gestattet sei, Unterlagen bzw. Nachweise nachzureichen, eine Verbesserung der Wettbewerbsposition des verbessernden Bieters vorliegen würde, nimmt sie nicht zur Kenntnis, dass es nicht nur nicht verbesserungsfähige Mängel gibt. Würde man sich der Auffassung der Antragstellerin anschließen, hätte dies zur Folge, dass jeder noch so geringe Mangel in einem Angebot nicht verbesserungsfähig wäre. Es dürfte nämlich keinerlei Änderung am Angebot vorgenommen werden. Das würde aber auch bedeuten, dass auch ihr eigenes Angebot im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschieden werden müsste, da aus dem ihrem Angebot beiliegenden Haftpflichtversicherungsnachweis nicht zweifelsfrei zu entnehmen war, dass sie selbst über eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindestvertragsdauer bis Ende 2009 verfügt. Diesen Nachweis hat sie jedoch in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 6. November 2007 (jedoch nicht in ihrem eigenen Angebot zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung) erbracht. Das Ausscheiden ihres Angebotes bzw. bereits die Feststellung, dass ihr Angebot auszuschneiden wäre, würde dann bedingen, dass ihrem Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden könnte und dass die von ihr dargelegte Schadeneintrittsmöglichkeit zu verneinen wäre. Dies würde dazu führen, dass sie ihre Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren verlieren würde und ihr Nachprüfungsantrag zurückzuweisen wäre.

Zum Vorwurf der Antragstellerin, der Auftraggeber hätte das "Abänderungsangebot" berücksichtigen müssen:

Die Ausschreibungsunterlagen lassen Alternativangebote nicht zu. Hinsichtlich der Zulässigkeit von Abänderungsangeboten werden unter Punkt B.5 der Ausschreibungsunterlage Beschränkungen aufgelistet.

Die Antragstellerin hat ihrem Hauptangebot eine Seite beigelegt und hingewiesen, dass bestimmte Schieber nicht in

der beschriebenen Ausführung Edelstahl in A4 Qualität sondern in einer anderen Ausführung unter Einsatzes eines anderen Materials angeboten werden. Aus der beigelegten Bieterlückenauflistung ergibt sich dadurch eine Reduktion des Gesamtangebotspreises um ca. 10 %. Hinweise auf damit verbundene Folgewirkungen oder Folgekosten bzw. entsprechende nachvollziehbare Nachweise in Form von Gutachten oder anderen anzuerkennenden Nachweisen können dem "Abänderungsangebot" - wie in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich gefordert wird - nicht entnommen werden. Das Abänderungsangebot ist diesbezüglich unvollständig. Diesbezüglich kommt der Senat zur Auffassung, dass es nicht Aufgabe des Auftraggebers im Rahmen der Prüfung ist, Auswirkungen alternativer Materialien auf die Leistungserbringung und die Folgewirkungen zu erkunden. Das wäre Aufgabe des Bieters, der die alternativen Materialien anbietet, der es jedoch unterlassen hat gemeinsam mit dem "Abänderungsangebot" die erforderlichen Nachweise vorzulegen.

Zudem hat der Auftraggeber, der über Erfahrungen im Kläranlagenbau verfügt - von der Antragstellerin unwidersprochen - hingewiesen, dass die alternativ zum Einsatz kommenden Produkte aus GG Grauguss im Gegensatz zu den aus Edelstahl in A4 Qualität bestehenden Produkten weniger säure- und rostbeständig wären.

Der zur Entscheidung berufene Senat kam diesbezüglich zur Auffassung, dass es zum Allgemeinwissen gehört, dass Produkte, die eine geringere Korrosionsresistenz (geringere Säure- und Rostbeständigkeit) aufweisen, früher schadhast sein können und früher ausgetauscht werden müssen. Materialien, die gegenüber anderen Materialien eine geringere Säure- und Rostbeständigkeit aufweisen sind gegenüber diesen anderen Materialien insbesondere im Kläranlagenbau minderwertiger, da sie eine geringere Lebensdauer erwarten lassen, was einen höheren Wartungsaufwand nach sich zieht. Da gemäß Punkt B.5 der Ausschreibungsunterlage Abänderungsangebote jedenfalls nicht zugelassen sind, wenn minderwertigeres Material vorgeschlagen wird, eine geringere Lebensdauer zu erwarten ist oder ein höherer Wartungsaufwand zu erwarten ist, wurde das Abänderungsangebot der Antragstellerin, das auch einen höheren Gesamtangebotspreis als das Angebot von B*** vorsieht, vergaberechtskonform bei der Zuschlagsentscheidung nicht berücksichtigt.

Ob es sich beim Abänderungsangebot der Antragstellerin noch um ein Abänderungsangebot oder bereits um ein nicht zugelassenes Alternativangebot handelt, konnte dabei außer Betracht bleiben. Unter Berücksichtigung des § 2 Z 1 BVergG und in Kenntnis, dass sich durch eine Materialänderung nur bei angebotenen Zwischenflanschschiebern eine Kostenreduktion von ca. zehn Prozent bei der Gesamtangebotssumme ergibt, liegt die Vermutung nahe, dass das Abänderungsangebot eine weiterreichende und daher nicht mehr lediglich geringfügige technische Änderung aufweist. Ob es sich beim Abänderungsangebot der Antragstellerin noch um ein Abänderungsangebot oder bereits um ein nicht zugelassenes Alternativangebot handelt, konnte dabei außer Betracht bleiben. Unter Berücksichtigung des Paragraph 2, Ziffer eins, BVergG und in Kenntnis, dass sich durch eine Materialänderung nur bei angebotenen Zwischenflanschschiebern eine Kostenreduktion von ca. zehn Prozent bei der Gesamtangebotssumme ergibt, liegt die Vermutung nahe, dass das Abänderungsangebot eine weiterreichende und daher nicht mehr lediglich geringfügige technische Änderung aufweist.

Wenn die Antragstellerin unter Bezugnahme auf EuGH-Judikatur zu Alternativangeboten ausführt, dass alle Kriterien, nach denen die Gleichwertigkeit gemessen bzw. beurteilt wird, in der Ausschreibung spezifiziert werden müssten, so ist dieser Auffassung zuzustimmen. Der EuGH führt beispielsweise in seinem Urteil vom 16. Oktober 2003 in der Rechtsache C-421/01, Traunfellner GmbH gegen ASFINAG aus, dass nur eine Erläuterung in den Verdingungsunterlagen (Ausschreibungsunterlagen) den Bietern in gleicher Weise die Kenntnis von den Mindestanforderungen ermögliche, die ihre Änderungsvorschläge erfüllen müssten, um vom Auftraggeber berücksichtigt werden zu können. Es gehe dabei um eine Verpflichtung zur Transparenz, die die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten solle, der bei jedem von der Richtlinie erfassten Vergabeverfahren für Aufträge einzuhalten sei (Rz 29). Habe der Auftraggeber entgegen Art. 19 der Richtlinie keine Angaben zu Mindestanforderungen (für Alternativangebote) gemacht, könne folglich ein Änderungsvorschlag selbst dann nicht berücksichtigt werden, wenn die Änderungsvorschläge nicht, wie in Artikel 19 Absatz 2 vorgesehen, in der Bekanntmachung für unzulässig erklärt worden wären (Rz 33). Wenn die Antragstellerin unter Bezugnahme auf EuGH-Judikatur zu Alternativangeboten ausführt, dass alle Kriterien, nach denen die Gleichwertigkeit gemessen bzw. beurteilt wird, in der Ausschreibung spezifiziert werden müssten, so ist dieser Auffassung zuzustimmen. Der EuGH führt beispielsweise in seinem Urteil vom 16. Oktober 2003 in der Rechtsache C-421/01, Traunfellner GmbH gegen ASFINAG aus, dass nur eine Erläuterung in den Verdingungsunterlagen (Ausschreibungsunterlagen) den Bietern in gleicher

Weise die Kenntnis von den Mindestanforderungen ermögliche, die ihre Änderungsvorschläge erfüllen müssten, um vom Auftraggeber berücksichtigt werden zu können. Es gehe dabei um eine Verpflichtung zur Transparenz, die die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten solle, der bei jedem von der Richtlinie erfassten Vergabeverfahren für Aufträge einzuhalten sei (Rz 29). Habe der Auftraggeber entgegen Artikel 19, der Richtlinie keine Angaben zu Mindestanforderungen (für Alternativangebote) gemacht, könne folglich ein Änderungsvorschlag selbst dann nicht berücksichtigt werden, wenn die Änderungsvorschläge nicht, wie in Artikel 19 Absatz 2 vorgesehen, in der Bekanntmachung für unzulässig erklärt worden wären (Rz 33).

Das bedeutet, dass Alternativangebote immer nur dann zulässig sind und in einem Vergabeverfahren Berücksichtigung finden können, wenn bereits in den Ausschreibungsunterlagen die dafür erforderlichen Mindestkriterien bekanntgemacht sind; anderenfalls dürfen Alternativangebote in einem Vergabeverfahren keine Berücksichtigung finden.

Die daraus ableitbaren Konsequenzen für Abänderungsangebote im Sinne des § 2 Z 1 BVergG im gegenständlichen Vergabeverfahren - auf das Abänderungsangebot der Antragstellerin bezogen - sind damit klar. Wenn die Antragstellerin der Auffassung ist, der Auftraggeber hätte es in der Ausschreibung unterlassen, alle Kriterien zu nennen, nach denen die Gleichwertigkeit zu bemessen bzw. zu beurteilen sei, ist unter Berücksichtigung der vorzitierten Entscheidung des EuGH in der Rechtsache Traunfellner eine Berücksichtigung des Abänderungsangebotes der Antragstellerin in einem solchen Fall ebenfalls nicht zulässig. Die im Schriftsatz der Antragstellerin vom 2. November 2007 unter Rz 48 enthaltene rechtliche Schlussfolgerung, wonach bei zugelassenen Abänderungsangeboten aber unterlassener hinlänglicher Spezifikation in den Ausschreibungsunterlagen, Grauguss als im rechtlichen Sinn gleichwertig anzusehen sei, ist unzutreffend. Vielmehr ist ein solches Abänderungsangebot mangels hinreichender Spezifikation in den Ausschreibungsunterlagen als mit dem Transparenzgebot bzw. dem Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar von der weiteren Behandlung im Vergabeverfahren auszuschließen. Die daraus ableitbaren Konsequenzen für Abänderungsangebote im Sinne des Paragraph 2, Ziffer eins, BVergG im gegenständlichen Vergabeverfahren - auf das Abänderungsangebot der Antragstellerin bezogen - sind damit klar. Wenn die Antragstellerin der Auffassung ist, der Auftraggeber hätte es in der Ausschreibung unterlassen, alle Kriterien zu nennen, nach denen die Gleichwertigkeit zu bemessen bzw. zu beurteilen sei, ist unter Berücksichtigung der vorzitierten Entscheidung des EuGH in der Rechtsache Traunfellner eine Berücksichtigung des Abänderungsangebotes der Antragstellerin in einem solchen Fall ebenfalls nicht zulässig. Die im Schriftsatz der Antragstellerin vom 2. November 2007 unter Rz 48 enthaltene rechtliche Schlussfolgerung, wonach bei zugelassenen Abänderungsangeboten aber unterlassener hinlänglicher Spezifikation in den Ausschreibungsunterlagen, Grauguss als im rechtlichen Sinn gleichwertig anzusehen sei, ist unzutreffend. Vielmehr ist ein solches Abänderungsangebot mangels hinreichender Spezifikation in den Ausschreibungsunterlagen als mit dem Transparenzgebot bzw. dem Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar von der weiteren Behandlung im Vergabeverfahren auszuschließen.

zu Spruchpunkt II. zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG 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, leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG 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.

Wie sich aus Spruchpunkt I dieses Bescheides ergibt, hat die Antragstellerin hinsichtlich des Nachprüfungsantrages nicht obsiegt. Das auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung gerichtete Nachprüfungsbegehren wurde abgewiesen. Wie sich aus Spruchpunkt römisch eins dieses Bescheides ergibt, hat die Antragstellerin hinsichtlich des Nachprüfungsantrages nicht obsiegt. Das auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung gerichtete Nachprüfungsbegehren wurde abgewiesen.

Da die Antragstellerin im Hauptverfahren nicht einmal teilweise obsiegt hat, war unter Berücksichtigung von § 319 Abs. 1 und 2 BVergG das entsprechende Kostenersatzbegehren ebenfalls abzuweisen. Da die Antragstellerin im Hauptverfahren nicht einmal teilweise obsiegt hat, war unter Berücksichtigung von Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG das entsprechende Kostenersatzbegehren ebenfalls abzuweisen.

Schlagworte

verbesserungsfähiger Mangel, Abänderungsangebot, Grenze zum Alternativangebot

Dokumentnummer

VERGT_20071114_N_0100_BVA_05_2007_36_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