

TE Verg Bescheid 2007/10/23 VKS-6586/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.10.2007

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19 Abs1 und 3

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §22 Abs2

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z3 und 16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §164

BVergG 2006 §169

BVergG 2006 §269 Abs1 Z5

BVergG 2006 §272

BVergG 2006 §345

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

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 164 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 169 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 272 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 272 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 272 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 272 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** Ges.m.b.H, ***, vertreten durch Dr. Wolfgang Kropf, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Vertrages zur Miete von 16 knickgelenkten Schmalspur-Kommunalfahrzeugen inklusive Zubehör, Ausschreibungsnummer B63W2-01/06, durch die Antragsgegnerin, Wiener Linien GmbH & Co KG, Abteilung Bahnbau – B 63, Erdbergstraße 202, 1031 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 3.9.2007, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden sowie die Zuschlagsentscheidung vom 3.9.2007 werden für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 20.9.2007 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren von EUR 2.400,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

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

Begründung:

Die Wiener Linien GmbH & Co KG (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) beabsichtigt als öffentliche Auftraggeberin, die im Sektorenbereich tätig ist, die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich die Miete von 16 knickgelenkten Schmalspur-Kommunalfahrzeugen inklusive Zubehör. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß europaweit im Amtsblatt der EU am 21.5.2007 erfolgt. Das einzige Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“. Die

Angebotsfrist endete am 3.8.2007, 13.00 Uhr, die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich vier Bieter am Vergabeverfahren, darunter die Antragstellerin, durch Legung von Angeboten beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen.

Am 24.8.2007 ist der Antragstellerin eine Zuschlagsentscheidung zugegangen, wonach die Antragsgegnerin beabsichtigte, den Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen. Mit Schreiben vom gleichen Tage hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Angebot wegen Abweichungen in vier Punkten von den besonderen Vertragsbestimmungen ausgeschieden werden musste.

Am 3.9.2007 ist der Antragstellerin ein weiteres Schreiben der Antragsgegnerin, das von ihr als „Berichtigung der Zuschlagserteilung“ bezeichnet wurde, zugekommen. Darin teilt die Antragsgegnerin mit, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wurde, weil das von ihr angebotene Streugerät einem Behälterinhalt von 500 l statt mindestens 600 l aufweise. Gleichzeitig wurde mitgeteilt, dass der Zuschlag an ein anderes Unternehmen vorgesehen sei.

Gegen die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sowie gegen die Zuschlagsentscheidung wendet sich die Antragstellerin mit ihrem am 17.9.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangten Antrag auf Nichtigkeitsklärung dieser Entscheidungen, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin darin aus, dass die Ausscheidung ihres Angebotes zu Unrecht erfolgt sei, weil der von der Antragsgegnerin dafür herangezogene Grund einen verbesserungsfähigen Mangel darstelle. Bei der Angabe des Behälterinhaltes mit 500 l im Angebot handle es sich um ein Versehen der Antragstellerin. Tatsächlich sei sie in der Lage die Behälterinhalte weitgehend beliebig in der Dimensionierung zu verändern, ohne dass dies irgendwelche Auswirkungen auf die Preisbildung haben würde. Die Antragstellerin sei jederzeit und ohne Einfluss auf das preisliche Angebot in der Lage, die Geräte auch mit einem Behälterinhalt von 620 l auszurüsten. Die Frage des Behälterinhaltes sei lediglich „eine Frage der Zurüstung des jeweiligen Gerätes“. Nach Ansicht der Antragstellerin handelt es sich bei diesen Angaben in ihrem Angebot „um einen absolut verbesserungsfähigen Mangel, der bei Nachbesserung der Antragstellerin als Bieter in keinen Wettbewerbsvorteil gebracht hätte, weil sie sich lediglich an die Ausschreibungsunterlagen gehalten hätte“. Bei Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens sowie bei Fällung einer gesetzeskonformen Zuschlagserteilung hätte ihr Angebot nicht ausgeschieden werden dürfen und müsste die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten lauten. Die angefochtenen Entscheidungen wären daher für nichtig zu erklären. Gegen die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sowie gegen die Zuschlagsentscheidung wendet sich die Antragstellerin mit ihrem am 17.9.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangten Antrag auf Nichtigkeitsklärung dieser Entscheidungen, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin darin aus, dass die Ausscheidung ihres Angebotes zu Unrecht erfolgt sei, weil der von der Antragsgegnerin dafür herangezogene Grund einen verbesserungsfähigen Mangel darstelle. Bei der Angabe des Behälterinhaltes mit 500 l im Angebot handle es sich um ein Versehen der Antragstellerin. Tatsächlich sei sie in der Lage die Behälterinhalte weitgehend beliebig in der Dimensionierung zu verändern, ohne dass dies irgendwelche Auswirkungen auf die Preisbildung haben würde. Die Antragstellerin sei jederzeit und ohne Einfluss auf das preisliche Angebot in der Lage, die Geräte auch mit einem Behälterinhalt von 620 l auszurüsten. Die Frage des Behälterinhaltes sei lediglich „eine Frage der Zurüstung des jeweiligen Gerätes“. Nach Ansicht der Antragstellerin handelt es sich bei diesen Angaben in ihrem Angebot „um einen absolut verbesserungsfähigen Mangel, der bei Nachbesserung der Antragstellerin als Bieter in keinen Wettbewerbsvorteil gebracht hätte, weil sie sich lediglich an die Ausschreibungsunterlagen gehalten hätte“. Bei Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens sowie bei Fällung einer gesetzeskonformen Zuschlagserteilung hätte ihr Angebot nicht ausgeschieden werden dürfen und müsste die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten lauten. Die angefochtenen Entscheidungen wären daher für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss. Sollte sie den Auftrag nicht erhalten, so drohe ihr der Eintritt eines Schadens von zumindest EUR 7.500,- (Kosten der bisherigen Beteiligung am Vergabeverfahren, Pauschalgebühren, Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung) sowie der Entgang eines Deckungsbeitrages der zumindest 5 % der Angebotssumme erreiche. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig von der beabsichtigten Einleitung eines Nichtigkeitsklärungsverfahrens verständigt worden, die Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich seien beigebracht worden.

Dem Antrag der Antragstellerin, zur Sicherung ihrer Rechtsposition eine einstweilige Verfügung zu erlassen, wurde mit Bescheid vom 20.9.2007 entsprochen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt des den Parteien zugeworbenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 25.9.2007 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Partei in das Verfahren eingetreten (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) und hat sich gegen die von der Antragstellerin gestellten Anträge auf Nichtigerklärung ausgesprochen. Zunächst macht die Teilnahmeberechtigte geltend, der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung wäre verspätet, da die Ausscheidung ihres Angebotes der Antragstellerin bereits am 24.8.2007 mitgeteilt worden sei. Die Antragstellerin wäre daher gehalten gewesen, innerhalb der Stillhaltefrist diese Entscheidung anzufechten. Da dies erst mit Antrag vom 17.9.2007 geschehen sei, sei der Antrag der Antragstellerin „wegen Verfristung als unzulässig zurückzuweisen“. Unabhängig davon sei die Antragslegitimation der Antragstellerin wegen rechtmäßigem Ausscheidens ihres Angebotes nicht gegeben. Die Antragstellerin habe entgegen den Festlegungen in den „besonderen Vertragsbestimmungen“ für das Streugerät einen Behälter von nur 500 l angeboten statt eines solchen mit 600 l Inhalt. Das Vorbringen der Antragstellerin, dass die 500 l „versehentlich angeboten worden seien und dass die Behälterinhalte weitgehend beliebig in der Dimensionierung verändert werden könnten“, ändere nichts an der Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes. Dieses sei daher zu Recht ausgeschieden worden. Weiters führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass abgesehen von diesem Angebotsmangel weitere Angebotsmängel, die sie im Einzelnen beschreibt, gegeben wären und deren Vorliegen ebenfalls zur Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin führen müssten. Letztlich macht die Teilnahmeberechtigte geltend, dass der von der Antragstellerin angebotene Preis eklatant zu niedrig und nicht nachvollziehbar wäre. Diesbezüglich seien Zweifel an der Angemessenheit des Preises geboten. Mit Schriftsatz vom 25.9.2007 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Partei in das Verfahren eingetreten (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) und hat sich gegen die von der Antragstellerin gestellten Anträge auf Nichtigerklärung ausgesprochen. Zunächst macht die Teilnahmeberechtigte geltend, der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung wäre verspätet, da die Ausscheidung ihres Angebotes der Antragstellerin bereits am 24.8.2007 mitgeteilt worden sei. Die Antragstellerin wäre daher gehalten gewesen, innerhalb der Stillhaltefrist diese Entscheidung anzufechten. Da dies erst mit Antrag vom 17.9.2007 geschehen sei, sei der Antrag der Antragstellerin „wegen Verfristung als unzulässig zurückzuweisen“. Unabhängig davon sei die Antragslegitimation der Antragstellerin wegen rechtmäßigem Ausscheidens ihres Angebotes nicht gegeben. Die Antragstellerin habe entgegen den Festlegungen in den „besonderen Vertragsbestimmungen“ für das Streugerät einen Behälter von nur 500 l angeboten statt eines solchen mit 600 l Inhalt. Das Vorbringen der Antragstellerin, dass die 500 l „versehentlich angeboten worden seien und dass die Behälterinhalte weitgehend beliebig in der Dimensionierung verändert werden könnten“, ändere nichts an der Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes. Dieses sei daher zu Recht ausgeschieden worden. Weiters führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass abgesehen von diesem Angebotsmangel weitere Angebotsmängel, die sie im Einzelnen beschreibt, gegeben wären und deren Vorliegen ebenfalls zur Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin führen müssten. Letztlich macht die Teilnahmeberechtigte geltend, dass der von der Antragstellerin angebotene Preis eklatant zu niedrig und nicht nachvollziehbar wäre. Diesbezüglich seien Zweifel an der Angemessenheit des Preises geboten.

Im Schriftsatz vom 26.9.2007 hat die Antragsgegnerin inhaltlich zum Nachprüfungsantrag Stellung genommen und im Einzelnen ausgeführt, dass die Antragstellerin zwar das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt habe, im Zuge der Angebotsprüfung zunächst vier Mängel festgestellt wurden, die zur Entscheidung über die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin vom 24.8.2007, sowie zu der vom gleichen Tage stammenden Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teilnahmeberechtigten geführt hätten. Nachdem die Antragstellerin diese Entscheidungen erhalten habe, hätte in weiterer Folge „ein Herr ***“, Mitarbeiter eines anderen Bewerbers, der *** Handels GmbH, telefonisch Kontakt mit einem Mitarbeiter der Antragsgegnerin aufgenommen und bekannt gegeben, „dass er nicht nur ermächtigt sei, im Namen der *** sondern auch im Namen der Antragstellerin Erkundigungen im gegenständlichen Vergabeverfahren durchzuführen“. Er habe im Gespräch auf Widersprüche zwischen einigen der geltend gemachten Gründe für das Ausscheiden und dem tatsächlichen Inhalt der Angebote in der Folge in zwei Gesprächen am 30.8.2007 und 3.9.2007 aufmerksam gemacht. Bei diesen Gesprächen habe *** erklärt, bei der Angabe der Füllmenge des Behälterinhaltes des Streugerätes handle es sich um einen Schreibfehler. Auf Grundlage dieser Ergänzungen sei am 4.9.2007 an die Antragstellerin neuerlich eine Mitteilung über das Ausscheiden ihres Angebotes sowie die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teilnahmeberechtigten ergangen. Als maßgeblicher Grund für das Ausscheiden der Antragstellerin sei nur mehr der zu geringe Inhalt des Streubehälters genannt worden, die übrigen, in der

Ausscheidungsentscheidung vom 24.8.2007 angeführten Gründe habe die Antragsgegnerin „als zu unklar bewertet“ fallen gelassen. Die Antragsgegnerin vertritt die Ansicht, dass es sich bei dem von der Antragstellerin geltend gemachten „Schreibfehler“ um einen nicht behebbaren Mangel im Angebot gehandelt habe. Damit habe das Angebot der Antragstellerin nicht den in den Angebotsbedingungen festgelegten Kriterien entsprochen. Die „objektiv gegebene Differenz zu den Angebotsbedingungen“ habe der Antragsgegnerin gar keine andere Möglichkeit gelassen, als das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden.

Abschließend führt die Antragsgegnerin aus, dass eine nach Kontaktaufnahme von Herrn *** durchgeführte Internetrecherche ergeben habe, dass die Firma *** übernommen worden sei, doch würden sich „weder gleiche Gesellschafter noch zur Vertretung nach außen berufene Personen“ finden. „Der Umstand, dass Herr *** nach Angebotslegung sowohl für die Antragstellerin als auch für die *** Auskünfte gab und Erkundigungen einholte, die sich die Antragstellerin, wie in ihren Anträgen angegeben, auch zurechnen lässt, war zwar nicht unbedenklich, erschien der Antragsgegnerin für sich genommen noch nicht schwerwiegend genug um die Angebote der Antragstellerin und der *** deswegen auszuschneiden“. Da das Angebot der Antragstellerin wegen Nichtentsprechung der Ausschreibungsbestimmungen auszuschneiden gewesen sei, wäre ihr Nachprüfungsantrag abzuweisen und ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zugestellt wurden, sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 23.10.2007 folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

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

In den Ausschreibungsunterlagen werden in den besonderen Vertragsbestimmungen unter dem Kapitel „Ausstattung aller Fahrzeuge für den Laubdienst und Winterdienst“ unter Punkt 2 ein Streugerät mit einem Behälterinhalt von „mind. 600 l“ verlangt (Seite 9 der Allgemeinen Bestimmungen).

In ihrem Angebot hat die Antragstellerin „Salzstreuer“ mit einem Volumen von 500 l angeboten (Beschreibung der Geräte, Seite 2).

Über die Angebotsprüfung findet sich eine Niederschrift vom 24.8.2007 in den Vergabeakten, in der bezüglich des Angebotes der Antragstellerin festgehalten wurde:

„Unterlagen sind vollständig.

In der beiliegenden Beschreibung und Prospekt des Gerätes wurden Differenzen zur Leistungsbeschreibung der besonderen Vertragsbestimmungen festgestellt:

1. 1.Ziffer eins

Die laut Prospekt 30 km/h bzw. laut Beschreibung des Gerätes 35 km/h, entspricht nicht den geforderten 40 km/h

2. 2.Ziffer 2

Die Arbeitsbreite des Laubsaugers von 1.200 mm entspricht nicht der geforderten Arbeitsbreite von mind. 1.400 mm

3. 3.Ziffer 3

Die hydraulische Hochentleerung des Containers von 1.850 mm entspricht nicht der geforderten Mindesthöhe von 2.000 mm

4. 4.Ziffer 4

Der Behälterinhalt des Streugerätes von 500 l entspricht nicht der geforderten mind. 600 l

Durch die Angaben der Firma *** im beigefügten Anbot sind durch die Abweichungen zur Leistungsbeschreibung der besonderen Vertragsbestimmungen die oben angeführten nicht behebbaren Mängel erkennbar. Aufgrund der nicht behebbaren Mängel wird die Firma *** als Bieter ausgeschieden".

Daraufhin hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Ausscheidungsentscheidung vom 24.8.2007 wie folgt bekannt gegeben:

„Wir bedanken uns für Ihr Angebot bei gegenständlichen Vergabeverfahren. Nach der Prüfung der eingegangenen Angebote teilen wir Ihnen mit, dass Sie auf Grund der Abweichungen, zu dem Punkt 3.2.1 – Die angebotenen Fahrzeuge inklusive der Anbau- und Aufbauzusatzgeräte haben der Leistungsbeschreibung der besonderen Vertragsbestimmungen zu entsprechen, als Bieter ausgeschieden wurden.

Abweichungen lt. Ihren Unterlagen:

1. 1.Ziffer eins
30 km/h bzw. 35 km/h statt mind. 40 km/h
2. 2.Ziffer 2
Arbeitsbreite Laubsauger 1200 mm statt mind. 1400 mm
3. 3.Ziffer 3
hydr. Hochentleerung 1850 mm statt mind. 2000 mm
4. 4.Ziffer 4
Streugerät Behälterinhalt 500 Liter statt mind. 600 Liter"

Mit gleichem Tage hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin ihre Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teilnahmeberechtigten mitgeteilt und darin festgehalten, dass die Stillhaltefrist mit 6.9.2007 endet.

Ohne dass aus den Akten ersichtlich wäre, über wessen Veranlassung dies erfolgt ist, hat nach Zugang der Ausscheidungs- und Zuschlagsentscheidung ein Herr *** Kontakt mit der Antragsgegnerin aufgenommen. In weiterer Folge finden sich in den Vergabeakten zwei handschriftlich angefertigte Amtsvermerke, und zwar vom 30.8.2007 sowie vom 3.9.2007.

Im Aktenvermerk vom 30.8.2007 wird Herr *** auch als Ansprechpartner für die Antragstellerin genannt. Nach dem Inhalt des Amtsvermerkes ist offenbar über Ausscheidungsgründe gesprochen worden. Der Amtsvermerk endet mit dem Hinweis „*** unterschreibt nicht gerne".

Im Amtsvermerk vom 3.9.2007 wird der Inhalt einer Besprechung mit Herrn *** und Vertretern der Antragsgegnerin festgehalten. Darin heißt es, dass Herr *** bestätigt Ansprechpartner für die Firma *** zu sein." In weiterer Folge werden die Ausscheidungsgründe betreffend die Firma *** besprochen und „die Punkte 5, 6 ... von Herr *** richtiggestellt". Sodann folgt der Vermerk „Fa. ***", in dem die in der Ausscheidungsentscheidung vom 24.8.2007 angeführten Ausscheidungsgründe einzeln behandelt werden. So heißt es zu Punkt 4:

Wird von Herrn *** als Schreibfehler bestätigt (wie bei ***) und ist jederzeit behebbar ohne Mehrkosten". Die in der Ausscheidungsentscheidung vom 24.8.2007 angeführten Punkte 1 bis 3 wurden aufgrund unklarer Angaben gestrichen (Punkt 1), bzw. sind von WL falsch angenommen (Punkt 2 und 3) worden. Weiters wird in diesem Amtsvermerk festgehalten, dass mit Herrn *** offenbar noch andere Punkte im Angebot besprochen wurden (Streuer in Edelstahl, Wirtschaftlichkeit, Werkstätte).

Abschließend findet sie auf diesem Amtsvermerk, der nicht unterfertigt ist, der Satz:

„Zuschlagsentscheidung bleibt, neues Fax an Fa. und Stillhaltefrist ab 3.9.2007". Im Akt findet sich nach diesen beiden handschriftlich angefertigten Amtsvermerken eine Niederschrift vom 3.9.2007 überschrieben mit „Zusätzliche Angebotsprüfung", die zum Angebot der Antragstellerin festhält:

„Unterlagen sind vollständig.

Die in der ersten Angebotsprüfung festgestellten Differenzen gemäß Punkt 2 und 3 wurden als nicht bestehend festgestellt. Die geforderte Mindestgeschwindigkeit ist möglicherweise unklar formuliert, daher kann das Bestehen einer Differenz nicht mit letzter Klarheit behauptet werden. Es wurden somit in der beiliegenden Beschreibung und Prospekt des Gerätes folgende Differenz zur Leistungsbeschreibung der besonderen Vertragsbestimmungen festgestellt:

1. 1.Ziffer eins

Der Behälterinhalt des Streugeräte von 500 l entspricht nicht der geforderten mind. 600 l

Durch die Angaben der Fa. *** im beigefügten Anbot ist durch die Abweichung zur Leistungsbeschreibung der besonderen Vertragsbestimmungen der oben angeführte nicht behebbare Mangel erkennbar. Aufgrund des nicht behebbaren Mangels wird die Fa. *** als Bieter ausgeschieden".

In den Vergabeakten findet sich kein Hinweis darauf, dass die Antragsgegnerin vor Aufnahme der Gespräche mit Herrn *** geprüft hat, ob dieser tatsächlich für die Antragstellerin vertretungsbefugt war oder nicht. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin dazu vorgebracht, dass es sich bei Herrn *** um „einen Vertreter der Fa. *** handelt, der erklärt hat, er spreche auch für die Antragstellerin". Das Unternehmen *** hat ebenfalls ein Angebot abgegeben. Die Antragsgegnerin hat sich mit der Behauptung des Angestellten der Mitbewerberin ***, er sei von der Geschäftsführung der Antragstellerin bevollmächtigt, begnügt und sich keine Vollmacht vorlegen lassen (Protokoll Seite 3 und 5).

Mit Schreiben vom 3.9.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin abermals mitgeteilt, dass deren Angebot ausgeschieden wurde und als einzigen Grund angegeben, dass „Abweichungen laut ihren Unterlagen:

Streugerätbehälter Inhalt 500 l statt mind. 600 l" vorliegen würden. In der Ausscheidensentscheidung wird eine Stillhaltefrist nicht angeführt.

Mit Zuschlagsentscheidung ebenfalls vom 3.9.2007, der Antragstellerin ebenfalls am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag der Teilnahmeberechtigten erteilen zu wollen. In diesem Schreiben wird als Stillhaltefrist der 17.9.2007 angeführt. Beide Schreiben sind mit „Berichtigung der Zuschlagserteilung" bezeichnet.

Nach Erhalt dieser beiden Mitteilungen hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 4.9.2007 der Antragsgegnerin mitgeteilt, „dass die seinerzeitige Angabe rein versehentlich erfolgt ist und wir ihnen über Rückfrage jederzeit gerne bestätigen hätten können, dass wir auch in der Lage sind, die Geräte mit einem Behältervolumen von 620 l auszustatten, dies ohne Aufpreis.

Wir ersuchen Sie daher, Ihre gegenständlichen Entscheidungen noch einmal zu überdenken und stehen für Rückfragen jederzeit gerne zur Verfügung".

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Entscheidungen der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sowie der Zuschlagsentscheidung ist am 17.9.2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet.

Diese Feststellungen gründen sich vor allem auf den Inhalt der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht bestritten wurde, sowie auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 23.10.2007. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot, entgegen den Ausschreibungsbestimmungen, einen Streubehälter mit 500 l Inhalt, statt eines solchen mit mind. 600 l Inhalt angeboten hat. Weiters war als erwiesen anzunehmen, dass nach der zunächst am 24.8.2007 der Antragstellerin zugekommenen Mitteilung von der Ausscheidung ihres Angebotes ein „Herr ***" bei der Antragsgegnerin erschienen ist, der mit ihr sowohl über die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin als auch über die Ausscheidung des Angebotes der *** Gespräche geführt hat. Obwohl er der Antragsgegnerin als Angestellter der Mitbewerberin *** bekannt war, hat sich diese, ohne ein Vertretungsverhältnis näher zu prüfen, mit der Erklärung, *** könne auch für die Antragstellerin sprechen, zufrieden gegeben. Obwohl *** bei seinen Gesprächen mit der Antragsgegnerin zum Angebot der Antragstellerin ausgeführt hat, dass es sich bei der Angabe des Behälterinhaltes des Streugerätes mit 500 l um einen Schreibfehler handle und dieses Problem jederzeit ohne Mehrkosten behebbbar sei, hat die Antragsgegnerin es unterlassen, eine Aufklärung seitens der Antragstellerin zu verlangen. Dass die Antragsgegnerin in der Folge in der von ihr als „Berichtigung der Zuschlagserteilung" bezeichneten Ausscheidungsentscheidung nur mehr einen von den ursprünglich vier Ausscheidungsgründen geltend macht, ergibt

sich aus der Aktenlage. Die Feststellungen, dass die Antragsgegnerin ein allfälliges Vertretungsverhältnis zwischen der Antragstellerin und *** nicht geprüft hat, stützt sich auf die Angaben der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

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

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

Die Mitteilung von der Ausscheidung ihres Angebotes sowie die Zuschlagsentscheidung je vom 3.9.2007 sind der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, sodass ihr am 17.9.2007 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 ist. Die Mitteilung von der Ausscheidung ihres Angebotes sowie die Zuschlagsentscheidung je vom 3.9.2007 sind der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, sodass ihr am 17.9.2007 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 ist.

Zunächst war auf den Einwand der Teilnahmerechtigten einzugehen, der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung sei verfristet, da der Antragstellerin die Ausscheidung ihres Angebotes unter Angabe der Gründe bereits am 24.8.2007 mitgeteilt worden sei. Sie wäre daher verpflichtet gewesen, um ihre Antragslegitimation zu erhalten, diese innerhalb der Stillhaltefrist zu bekämpfen.

Dieser Standpunkt kann vom Senat nicht geteilt werden. Abgesehen davon, dass in der Ausscheidungsentscheidung eine Stillhaltefrist entgegen der klaren Bestimmung des § 272 BVergG 2006 nicht angeführt wird, hat die

Antragsgegnerin das Vergabeverfahren weitergeführt und schließlich am 3.9.2007 eine als „Berichtigung der Zuschlagserteilung“ bezeichnete neue Ausscheidungsentscheidung unter Anführung nur mehr eines Ausscheidungsgrundes erlassen. Wenn auch in dieser gesondert ausgefertigten Ausscheidungsentscheidung abermals eine Stillhaltefrist nicht angeführt wird, handelt es sich dabei doch um eine gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 gesondert anfechtbare Entscheidung die nach Ergänzung der Angebotsprüfung ergangen ist und die zutreffend von der Antragstellerin mit ihrem Schriftsatz vom 17.9.2007 angefochten wurde. Bis zur Erteilung des Zuschlages ist die Auftraggeberin jedenfalls berechtigt, eine Zuschlagsentscheidung abzuändern oder zurückzunehmen. Vorliegend hat die Antragsgegnerin zwar ihre Ausscheidungs- bzw. Zuschlagsentscheidung je vom 24.8.2007 formal nicht ausdrücklich zurückgenommen, in den beiden Entscheidungen vom 3.9.2007 kann jedoch für einen verständigen Teilnehmer an einem Vergabeverfahren nichts anderes gesehen werden, als neu erlassene, gesondert anfechtbare Entscheidungen. Die Ausführungen der Teilnahmeberechtigten, die Antragstellerin hätte wegen nicht rechtzeitiger Bekämpfung der ihr am 24.8.2007 zugekommenen Ausscheidungsentscheidung ihre Antragslegitimation verloren, erweist sich damit als nicht haltbar. Dieser Standpunkt kann vom Senat nicht geteilt werden. Abgesehen davon, dass in der Ausscheidungsentscheidung eine Stillhaltefrist entgegen der klaren Bestimmung des Paragraph 272, BVergG 2006 nicht angeführt wird, hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren weitergeführt und schließlich am 3.9.2007 eine als „Berichtigung der Zuschlagserteilung“ bezeichnete neue Ausscheidungsentscheidung unter Anführung nur mehr eines Ausscheidungsgrundes erlassen. Wenn auch in dieser gesondert ausgefertigten Ausscheidungsentscheidung abermals eine Stillhaltefrist nicht angeführt wird, handelt es sich dabei doch um eine gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 gesondert anfechtbare Entscheidung die nach Ergänzung der Angebotsprüfung ergangen ist und die zutreffend von der Antragstellerin mit ihrem Schriftsatz vom 17.9.2007 angefochten wurde. Bis zur Erteilung des Zuschlages ist die Auftraggeberin jedenfalls berechtigt, eine Zuschlagsentscheidung abzuändern oder zurückzunehmen. Vorliegend hat die Antragsgegnerin zwar ihre Ausscheidungs- bzw. Zuschlagsentscheidung je vom 24.8.2007 formal nicht ausdrücklich zurückgenommen, in den beiden Entscheidungen vom 3.9.2007 kann jedoch für einen verständigen Teilnehmer an einem Vergabeverfahren nichts anderes gesehen werden, als neu erlassene, gesondert anfechtbare Entscheidungen. Die Ausführungen der Teilnahmeberechtigten, die Antragstellerin hätte wegen nicht rechtzeitiger Bekämpfung der ihr am 24.8.2007 zugekommenen Ausscheidungsentscheidung ihre Antragslegitimation verloren, erweist sich damit als nicht haltbar.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung ist daher nicht nur rechtzeitig, sondern auch im Ergebnis berechtigt.

Gemäß § 257 Abs. 2 BVergG 2006 erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Annahme des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Festlegungen und den von ihm abgegebenen Preisen erbringt und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Hierbei handelt es sich um eine Fiktion des Gesetzgebers, dass jener Bieter die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt und die angebotene Leistung zu diesen Bestimmungen erbringt. Eine gesondert vom Bieter unterfertigte Erklärung ist hierfür nicht erforderlich. Nach dieser Fiktion hat somit die Antragstellerin auch die Erklärung abgegeben, die angebotenen Geräte mit einem Streugerät mit den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Behälterinhalt von mindestens 600 Litern zu erbringen (bei vergleichbarem Sachverhalt VwGH vom 29.6.2005, Zl. 2005/04/0024- 8; VKS-2726/07; VKS – 1972/06 ua.). Gemäß Paragraph 257, Absatz 2, BVergG 2006 erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Annahme des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Festlegungen und den von ihm abgegebenen Preisen erbringt und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Hierbei handelt es sich um eine Fiktion des Gesetzgebers, dass jener Bieter die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt und die angebotene Leistung zu diesen Bestimmungen erbringt. Eine gesondert vom Bieter unterfertigte Erklärung ist hierfür nicht erforderlich. Nach dieser Fiktion hat somit die Antragstellerin auch die Erklärung abgegeben, die angebotenen Geräte mit einem Streugerät mit den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Behälterinhalt von mindestens 600 Litern zu erbringen (bei vergleichbarem Sachverhalt VwGH vom 29.6.2005, Zl. 2005/04/0024- 8; VKS-2726/07; VKS – 1972/06 ua.).

Da die Antragstellerin somit die Erklärung abgegeben hat, die ausgeschriebene Leistung zum angebotenen Preis und zu den in der Ausschreibung festgelegten Bedingungen zu erbringen, hat sie grundsätzlich ein verbindliches Angebot

gemäß der Definition des § 2 Z 3 BVergG 2006 gelegt. Nun hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die Antragstellerin ein Streugerät mit einem Behälterinhalt von 500 Liter statt mindestens 600 Liter angeboten hat. Diese Differenz sowie weitere Angaben im Angebot, die sich nicht mit den Anforderungen nach den Ausschreibungsunterlagen gedeckt haben, wurden zwar von der Antragsgegnerin festgestellt, aber für die Aufklärung dieser Differenzen keine geeigneten Maßnahmen gesetzt. Aus den Vergabeakten ist keine Aktivität der Antragsgegnerin erkennbar, vor der Zuschlagsentscheidung vom 24.8.2007 von einem der Bieter, auch nicht von der Antragstellerin, deren Angebote ausgeschieden wurden, schriftlich oder mündlich Aufklärung über die festgestellten Mängel zu verlangen. Diese Mängel wurden ohne weitere Begründung als nicht behebbare eingestuft, die dafür maßgebenden Überlegungen sind den Vergabeakten nicht zu entnehmen. Da die Antragstellerin somit die Erklärung abgegeben hat, die ausgeschriebene Leistung zum angebotenen Preis und zu den in der Ausschreibung festgelegten Bedingungen zu erbringen, hat sie grundsätzlich ein verbindliches Angebot gemäß der Definition des Paragraph 2, Ziffer 3, BVergG 2006 gelegt. Nun hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die Antragstellerin ein Streugerät mit einem Behälterinhalt von 500 Liter statt mindestens 600 Liter angeboten hat. Diese Differenz sowie weitere Angaben im Angebot, die sich nicht mit den Anforderungen nach den Ausschreibungsunterlagen gedeckt haben, wurden zwar von der Antragsgegnerin festgestellt, aber für die Aufklärung dieser Differenzen keine geeigneten Maßnahmen gesetzt. Aus den Vergabeakten ist keine Aktivität der Antragsgegnerin erkennbar, vor der Zuschlagsentscheidung vom 24.8.2007 von einem der Bieter, auch nicht von der Antragstellerin, deren Angebote ausgeschieden wurden, schriftlich oder mündlich Aufklärung über die festgestellten Mängel zu verlangen. Diese Mängel wurden ohne weitere Begründung als nicht behebbare eingestuft, die dafür maßgebenden Überlegungen sind den Vergabeakten nicht zu entnehmen.

Aus den Vergabeakten ist auch nicht ersichtlich, von wem die Initiative zu den beiden Gesprächen mit *** nach dem 24.8.2007 ausgegangen ist. Jedenfalls hat sich die Antragsgegnerin nach dem Inhalt der Vergabeakten bloß auf die Gespräche mit dem Vertreter des Mitbewerbers *** beschränkt und dessen Erklärung akzeptiert, dass er ermächtigt sei, auch für die Antragstellerin Erklärungen zu deren Angebot abzugeben. Obwohl der Antragsgegnerin Bedenken hinsichtlich der Vertretungsbefugnis des *** gekommen sein dürften, (was andeutungsweise in den handschriftlichen Aktenvermerken vom 30.8.2007 und 3.9.2007 zum Ausdruck kommt und letztlich auch in der mündlichen Verhandlung vorgebracht wurde) hat sie weder eine Rückfrage bei der Antragstellerin diesbezüglich vorgenommen, noch *** zur Vorlage einer Vollmachtsurkunde aufgefordert. Letztlich hat sie die Erklärung von *** im Zuge des Gespräches vom 3.9.2007 bezüglich des Angebotes der Antragstellerin zur Kenntnis genommen, dass es sich bei der Angabe des Behälterinhaltes des Streugerätes um einen Schreibfehler handelt „wie bei ***“ welcher jederzeit „behebbar ohne Mehrkosten“ sei. In der Niederschrift über die zusätzliche Angebotsprüfung werden zwar die ersten drei in der Ausscheidungsentscheidung vom 24.8.2007 angeführten Gründe nicht mehr aufrecht erhalten, aber dennoch die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin damit begründet, dass der Behälterinhalt des Streugerätes von 500 Liter nicht dem geforderten Mindestinhalt von 600 Liter entspricht. Dieser Umstand wurde von der Antragsgegnerin als nicht behebbare Mangel gewertet.

Aus den Vergabeakten ist ersichtlich, dass im Zuge der in Fortsetzung der Angebotsprüfung geführten Gespräche weitere Unklarheiten im Angebot der Antragstellerin festgehalten worden sind, von der Antragsgegnerin jedoch nicht weiter verfolgt wurden. Bei dieser Sachlage wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, entsprechende Aufklärungen von der Antragstellerin zu verlangen, ihr insbesondere den von ihr in der Ausscheidungsentscheidung vom 3.9.2007 angeführten Ausscheidungsgrund vorzuhalten. Da sie dies nicht getan hat und auch die weiteren, von ihr im Ansatz dokumentierten Abweichungen im Angebot der Antragstellerin nicht weiter verfolgt hat, musste das Vergabeverfahren mangelhaft bleiben. Nach ständiger Judikatur der Nachprüfungsbehörden ist es nicht deren Aufgabe die Bewertung der Angebote anstelle des Auftraggebers oder der Auftraggeberin durchzuführen (vgl. BVA 28.6.2004, 15N-46/04-56). Aus den Vergabeakten ist ersichtlich, dass im Zuge der in Fortsetzung der Angebotsprüfung geführten Gespräche weitere Unklarheiten im Angebot der Antragstellerin festgehalten worden sind, von der Antragsgegnerin jedoch nicht weiter verfolgt wurden. Bei dieser Sachlage wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, entsprechende Aufklärungen von der Antragstellerin zu verlangen, ihr insbesondere den von ihr in der Ausscheidungsentscheidung vom 3.9.2007 angeführten Ausscheidungsgrund vorzuhalten. Da sie dies nicht getan hat und auch die weiteren, von ihr im Ansatz dokumentierten Abweichungen im Angebot der Antragstellerin nicht weiter

verfolgt hat, musste das Vergabeverfahren mangelhaft bleiben. Nach ständiger Judikatur der Nachprüfungsbehörden ist es nicht deren Aufgabe die Bewertung der Angebote anstelle des Auftraggebers oder der Auftraggeberin durchzuführen (vergleiche BVA 28.6.2004, 15N-46/04-56).

Im Zuge der von der Antragsgegnerin selbst als „zusätzliche Angebotsprüfung“ gesetzten Schritte, wäre von ihr zu erwarten gewesen, dass sie ein entsprechendes Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin richtet, zumal bei Zutreffen ihrer Angaben, dass die zur Verfügungstellung eines Streugerätes mit dem verlangten Behälterinhalt ohne Mehrkosten und ohne sonstigen besonderen Aufwand möglich wäre, eine materielle Besserstellung der Antragstellerin nicht verbunden gewesen wäre. Aufgrund der oben angeführten Mängel muss jedoch zur Wahrung des Grundsatzes des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 das Angebot der Antragstellerin einer neuen Bewertung unterzogen werden, weil nur dann gesagt werden kann, ob es von der Antragsgegnerin zurecht ausgeschieden worden ist oder nicht (vgl. VKS-1972/07 u. a.). Es war daher die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden für nichtig zu erklären. Im Zuge der von der Antragsgegnerin selbst als „zusätzliche Angebotsprüfung“ gesetzten Schritte, wäre von ihr zu erwarten gewesen, dass sie ein entsprechendes Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin richtet, zumal bei Zutreffen ihrer Angaben, dass die zur Verfügungstellung eines Streugerätes mit dem verlangten Behälterinhalt ohne Mehrkosten und ohne sonstigen besonderen Aufwand möglich wäre, eine materielle Besserstellung der Antragstellerin nicht verbunden gewesen wäre. Aufgrund der oben angeführten Mängel muss jedoch zur Wahrung des Grundsatzes des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 das Angebot der Antragstellerin einer neuen Bewertung unterzogen werden, weil nur dann gesagt werden kann, ob es von der Antragsgegnerin zurecht ausgeschieden worden ist oder nicht (vergleiche VKS-1972/07 u. a.). Es war daher die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden für nichtig zu erklären.

Nach § 271 BVergG 2006 ist gegenständlich dem Angebot mit dem niedrigsten Preis der Zuschlag zu erteilen. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung hat die Antragstellerin das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt. Da derzeit noch nicht gesagt werden kann, ob die Ausscheidung dieses Angebotes zu Recht erfolgt ist, steht auch noch nicht fest, ob die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des preislich an dritter Stelle gereihten Angebotes der Teilnahmeberechtigten im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen steht oder nicht. Es war daher auch die Zuschlagsentscheidung als nichtig aufzuheben. Nach Paragraph 271, BVergG 2006 ist gegenständlich dem Angebot mit dem niedrigsten Preis der Zuschlag zu erteilen. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung hat die Antragstellerin das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt. Da derzeit noch nicht gesagt werden kann, ob die Ausscheidung dieses Angebotes zu Recht erfolgt ist, steht auch noch nicht fest, ob die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des preislich an dritter Stelle gereihten Angebotes der Teilnahmeberechtigten im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen steht oder nicht. Es war daher auch die Zuschlagsentscheidung als nichtig aufzuheben.

Die Teilnahmeberechtigte, die mit Schriftsatz vom 25.9.2007 dem Verfahren beigetreten ist, ist gemäß § 22 Abs. 2 WVRG 2007 jedenfalls als präsumtive Zuschlagsempfängerin Partei des gegenständlichen Verfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre. Die Teilnahmeberechtigte, die mit Schriftsatz vom 25.9.2007 dem Verfahren beigetreten ist, ist gemäß Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007 jedenfalls als präsumtive Zuschlagsempfängerin Partei des gegenständlichen Verfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre.

Mit der Stattgebung des Antrages auf Nichtigklärung der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sowie der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 20.9.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit der Stattgebung des Antrages auf Nichtigklärung der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sowie der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 20.9.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

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

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündlichen Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündlichen

Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung wegen mangelhafter Angebotsprüfung; Widerruf einer Zuschlagsentscheidung; Unterbleiben von Aufklärungsersuchen.

Dokumentnummer

VERGT_20071023_6586_07_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