

TE Verg Bescheid 2007/5/22 VKS-2726/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.05.2007

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §22 Abs1 u. 2

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs6

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit BVergG 2006 §2 Z3 und 16 lita
sublit.aa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §108 Abs2

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §127 Abs1

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §130 Abs1

BVergG 2006 §345

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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
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 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 *** GmbH, ***, vertreten durch Hasberger Seitz & Partner, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur Lieferung von Kopiergeräten, Position 1, Ausschreibungsnummer MA-BB-16/06-EU, durch die Antragsgegnerin Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, MA 54 – Zentraler Einkauf, Am Modenapark 1-2, 1030 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 3.4.2007 für nicht zu erklären, wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 24.4.2007 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20 Abs. 1, 22 Abs. 1 u. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 31 Abs. 6, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 3 und 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 5, 12 Abs. 1 Z 2, 19 Abs. 1, 108 Abs. 2, 126, 127 Abs. 1, 129, 130 Abs. 1, 345 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, Absatz eins, 22, Absatz eins, u. 2, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 31, Absatz 6, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 3 und 16 Litera a, Sub-Litera, a, a., 3 Absatz eins, Ziffer eins, 5, 12, Absatz eins, Ziffer 2, 19, Absatz eins, 108, Absatz 2, 126, 127, Absatz eins, 129, 130, Absatz eins, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, MA 54 – Zentraler Einkauf (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt als öffentliche Auftraggeberin ein Verfahren zur Anmietung von ca. 1450 Kopiergeräten für einen Zeitraum von 60

Monaten. Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwabenbereich. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt (Vorinformation vom 21.3.2006, Amtsblatt der EU 2006/S 55-057247, Bekanntmachung am 26.10.2006, Amtsblatt der EU 2006/S 205-218311). Teilangebote waren positionsweise zugelassen. Die Position 1 gliedert sich in die Leistungsklassen 1 bis 6, die Position 2, Münzgeräte, in die Leistungsklassen 2 M bis 4 M (Punkt 5 der Besonderen Angebotsbestimmungen). Das Ende der Angebotsfrist war der 7.12.2006, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend ab 10.15 Uhr statt.

Am Vergabeverfahren hat sich unter anderem auch die Antragstellerin durch Legung eines Angebotes – für beide Positionen – beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin mit EUR 6.123.279,60 an zweiter Stelle, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit EUR 5.619.645,-- verlesen.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 9.2.2007 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Zuschlag für die Position 1 dem an zweiter Stelle gereihten Unternehmen erteilen zu wollen. Unter einem wurde dem preislich an erster Stelle gereihten Unternehmen mitgeteilt, dass dessen Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVerG 2006 ausgeschieden werden musste, weil einzelne von ihm angebotenen Geräte die verlangte Kopiergeschwindigkeit nicht erfüllen würden. Mit Zuschlagsentscheidung vom 9.2.2007 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Zuschlag für die Position 1 dem an zweiter Stelle gereihten Unternehmen erteilen zu wollen. Unter einem wurde dem preislich an erster Stelle gereihten Unternehmen mitgeteilt, dass dessen Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVerG 2006 ausgeschieden werden musste, weil einzelne von ihm angebotenen Geräte die verlangte Kopiergeschwindigkeit nicht erfüllen würden.

Gegen diese (erste) Zuschlagsentscheidung und die Ausscheidung ihres Angebotes hat das nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung an erster Stelle gereichte Unternehmen beim Vergabekontrollsenat am 26.2.2007 die Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens beantragt. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidung ihres Angebotes sowie auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich des Loses 1 wurde mit Bescheid des Senates vom 19.3.2007, VKS – 599/07, stattgegeben. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Beteiligten zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

In dem daraufhin fortgesetzten Verfahren hat die Antragsgegnerin mit Zuschlagsentscheidung vom 3.4.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, mitgeteilt, nunmehr zu beabsichtigen, den Zuschlag für die Position 1 dem nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung an erster Stelle liegenden Unternehmen erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 16.4.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Darin macht die Antragstellerin im Wesentlichen geltend, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre neuerlich und zwar aufgrund von Umständen, die nicht bereits Gegenstand des zu VKS - 599/07 geführten Verfahrens waren, auszuscheiden gewesen. Damit hätte die Antragstellerin, da an zweiter Stelle gereiht, als Bestbieterin den Zuschlag erhalten müssen. Im Einzelnen führt die Antragstellerin aus, in der Ausschreibung zur Position 1, Leistungsklasse 2, seien etwa 445 Kopiergeräte mit der Mindestanforderung ausgeschrieben gewesen „Speicherkapazität: mind. 128 MB gesamt“. Das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für diese Leistungsklasse angebotene Gerät „WC 118“ weise dagegen nur einen 96 MB Speicher (32 MB Kopierfunktion, 64 MB Druckfunktion) statt der in der Ausschreibung geforderten 128 MB Speicherkapazität auf. Diesen Umstand habe die Antragsgegnerin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgehalten, worauf diese mit Schreiben vom 16.1.2007 bestätigt habe, dass das von ihr angebotene „Workcenter 118 standardmäßig 96 MB Speicher“ besitze. In diesem Schreiben habe die Mitbewerberin erklärt, die Maschine könne mit optional verfügbaren Speichererweiterungen bis 288 MB aufgerüstet werden. Bei dem von ihr angebotenen Gerät sei bereits eine Speichererweiterung von 64 MB berücksichtigt worden, sodass der gesamte Arbeitsspeicher dieses Gerätes 160 MB betrage. In diesem Aufklärungsschreiben habe die Mitbewerberin auf eine beigelegte Produktbroschüre verwiesen. Ein nachträgliches Beifügen einer Produktbroschüre könne jedoch nicht dazu führen, dass das ursprünglich gelegte Angebot nachträglich dahingehen gestaltet werde, dass es dadurch den Mindestanforderungen der Ausschreibung entspricht. Selbst für den Fall, dass diese Broschüre im ursprünglichen Angebot beigelegt gewesen sein sollte, stelle die Broschüre keine entsprechende Konkretisierung des Angebotes für diese Leistungsklasse dar, da darin mehrere, optional verfügbare Speichererweiterungen aufgeführt seien. In Ermangelung eines das Angebot konkretisierenden Begleitschreibens, das auf die Speichererweiterung

hinweise, sei daher vom standardgemäßen Basisgerät mit 96 MB Speicher auszugehen. Damit würden im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Mindestanforderungen der Ausschreibung der Leistungsklasse 2 nicht erfüllt. Das Gerät M 118, das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeboten worden sei, sei in 47 unterschiedlichen Ausführungsvarianten erhältlich, wovon lediglich die Variante M 118 VP-UFS die in der Ausschreibung zur Leistungsklasse 2 geforderten Mindestanforderungen erfülle. Dazu komme, dass eine Kopierspeichererweiterung um 64 MB nur gegen Aufpreis verfügbar wäre. Um das angebotene Basismodell auf die zumindest geforderten 128 MB Speicher aufzurüsten, wäre eine Speichererweiterung mit einem Verkaufspreis von EUR 129,-- erforderlich gewesen. Dies bedeute, dass eine Speichererweiterung sowohl den Verkaufspreis dieses Gerätes als auch den Einstandspreis verteuert hätte. Eine nachträgliche Verbesserung des Angebotes um diese Speichererweiterung bei gleichbleibendem Angebotspreis stelle somit eine unzulässige nachträgliche Preisreduktion dar. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 16.4.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Darin macht die Antragstellerin im Wesentlichen geltend, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre neuerlich und zwar aufgrund von Umständen, die nicht bereits Gegenstand des zu VKS - 599/07 geführten Verfahrens waren, auszuschneiden gewesen. Damit hätte die Antragstellerin, da an zweiter Stelle gereiht, als Bestbieterin den Zuschlag erhalten müssen. Im Einzelnen führt die Antragstellerin aus, in der Ausschreibung zur Position 1, Leistungsklasse 2, seien etwa 445 Kopiergeräte mit der Mindestanforderung ausgeschrieben gewesen „Speicherkapazität: mind. 128 MB gesamt“. Das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für diese Leistungsklasse angebotene Gerät „WC 118“ weise dagegen nur einen 96 MB Speicher (32 MB Kopierfunktion, 64 MB Druckfunktion) statt der in der Ausschreibung geforderten 128 MB Speicherkapazität auf. Diesen Umstand habe die Antragsgegnerin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgehalten, worauf diese mit Schreiben vom 16.1.2007 bestätigt habe, dass das von ihr angebotene „Workcenter 118 standardmäßig 96 MB Speicher“ besitze. In diesem Schreiben habe die Mitbewerberin erklärt, die Maschine könne mit optional verfügbaren Speichererweiterungen bis 288 MB aufgerüstet werden. Bei dem von ihr angebotenen Gerät sei bereits eine Speichererweiterung von 64 MB berücksichtigt worden, sodass der gesamte Arbeitsspeicher dieses Gerätes 160 MB betrage. In diesem Aufklärungsschreiben habe die Mitbewerberin auf eine beigelegte Produktbroschüre verwiesen. Ein nachträgliches Beifügen einer Produktbroschüre könne jedoch nicht dazu führen, dass das ursprünglich gelegte Angebot nachträglich dahingehen gestaltet werde, dass es dadurch den Mindestanforderungen der Ausschreibung entspricht. Selbst für den Fall, dass diese Broschüre im ursprünglichen Angebot beigelegt gewesen sein sollte, stelle die Broschüre keine entsprechende Konkretisierung des Angebotes für diese Leistungsklasse dar, da darin mehrere, optional verfügbare Speichererweiterungen aufgeführt seien. In Ermangelung eines das Angebot konkretisierenden Begleitschreibens, das auf die Speichererweiterung hinweise, sei daher vom standardgemäßen Basisgerät mit 96 MB Speicher auszugehen. Damit würden im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Mindestanforderungen der Ausschreibung der Leistungsklasse 2 nicht erfüllt. Das Gerät M 118, das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeboten worden sei, sei in 47 unterschiedlichen Ausführungsvarianten erhältlich, wovon lediglich die Variante M 118 VP-UFS die in der Ausschreibung zur Leistungsklasse 2 geforderten Mindestanforderungen erfülle. Dazu komme, dass eine Kopierspeichererweiterung um 64 MB nur gegen Aufpreis verfügbar wäre. Um das angebotene Basismodell auf die zumindest geforderten 128 MB Speicher aufzurüsten, wäre eine Speichererweiterung mit einem Verkaufspreis von EUR 129,-- erforderlich gewesen. Dies bedeute, dass eine Speichererweiterung sowohl den Verkaufspreis dieses Gerätes als auch den Einstandspreis verteuert hätte. Eine nachträgliche Verbesserung des Angebotes um diese Speichererweiterung bei gleichbleibendem Angebotspreis stelle somit eine unzulässige nachträgliche Preisreduktion dar.

Das Angebot müsse spätestens im Zeitpunkt der Angebotsöffnung für den Auftraggeber zur Gänze prüfbar sein. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe es jedoch unterlassen, ihr zur Leistungsklasse 2 gelegtes Angebot dahingehend zu erläutern, dass darin bereits die Speichererweiterung berücksichtigt sei. Es sei daher davon auszugehen, dass es sich bei dem für diese Leistungsklasse angebotenen Gerätetyp um das Standardmodell handle, das die Mindestanforderungen der Ausschreibung nicht erfülle. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher auszuschneiden gewesen, womit die Antragstellerin Bestbieterin wäre.

Weiters regt die Antragstellerin an, im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens gegebenenfalls die Voraussetzungen für die Zur-Verfügung-Stellung der technisch, finanziellen oder wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu überprüfen, da die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Erbringung von Teilleistungen des ausgeschriebenen Auftrages eine

Subunternehmerin genannt habe.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 24.4.2007 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Beteiligten zugeworbenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

In ihrer Stellungnahme vom 17.4.2007, eingelangt am 19.4.2007, hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge beantragt und ausgeführt, die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe in der Position 1, Leistungsgruppe 2, ein Gerät mit der Typenbezeichnung WC 118 angeboten. Da dieses Gerät laut Prospekt nur einen 96 MB Speicher statt dem in der Ausschreibung geforderten 128 MB Speicher besitzt, sei das Unternehmen um Aufklärung ersucht worden. In Erfüllung dieses Ersuchens habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin erklärt, dass das angebotene Gerät eine Speichererweiterung von 64 MB, gesamt somit einen Speicher von 160 MB aufweise und damit den Mindestanforderungen entspreche. Damit sei für die Antragsgegnerin festgestanden, dass mit dem Angebot ein der Ausschreibung entsprechendes Modell offeriert wurde. Durch die Aufklärung sei das angebotene Modell nur näher beschrieben worden. Damit handle es sich nicht um einen Austausch, sondern um ein zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung den geforderten Leistungsmerkmalen entsprechendes Gerät. Da ein ausschreibungsgemäßes Angebot vorliege, sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Billigstbieterin zu ermitteln gewesen.

Soweit die Antragstellerin gegen den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Subunternehmer Bedenken geltend mache, sei dieses Unternehmen hinsichtlich Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit geprüft worden. Die Nennung dieses Subunternehmers sei unbedenklich.

Mit Schriftsatz vom 20.4.2007 hat sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin am Verfahren als Partei (§ 20 Abs. 2 WVRG 2007) beteiligt und ausgeführt, der Antrag der Antragstellerin sei unzulässig, weil sie die von ihr nunmehr geltend gemachten Gründe bereits im Verfahren VKS – 599/07 hätte vorbringen müssen. Damit verstoße der Antrag gegen § 35 Abs. 3 Z 2 WVRG 2007. Mit Schriftsatz vom 20.4.2007 hat sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin am Verfahren als Partei (Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007) beteiligt und ausgeführt, der Antrag der Antragstellerin sei unzulässig, weil sie die von ihr nunmehr geltend gemachten Gründe bereits im Verfahren VKS – 599/07 hätte vorbringen müssen. Damit verstoße der Antrag gegen Paragraph 35, Absatz 3, Ziffer 2, WVRG 2007.

In der Sache selbst führt die Teilnahmeberechtigte aus, sie habe ein Workcenter 118 angeboten, das grundsätzlich als Basisausrüstung über 96 MB Speicher verfüge und habe dies auch in einem Schreiben an die Antragsgegnerin vom 16.1.2007 erläutert. Das Angebot sei auf einem von der Antragsgegnerin erstellten Formular, das von der Teilnahmeberechtigten ausgefüllt wurde, abgegeben worden. Bei der fraglichen Leistungsklasse 2 seien die von der Auftraggeberin geforderten Mindestanforderungen, darunter eben „Speicherkapazität: mind. 128 MB gesamt“ wiedergegeben. Gemäß dem eindeutigen Formulartext „angebotenes Gerätemodell“ sei eben nur das Gerätemodell anzugeben gewesen und nicht etwa eine Konfiguration. Die Teilnahmeberechtigte habe das von ihr zur Erfüllung dieser Mindestanforderungen in Aussicht genommene Gerätemodell WC 118 eingesetzt und damit angeboten. Damit sei klar, dass damit prinzipiell eben ein Gerät in ausschreibungskonformer Konfiguration angeboten wurde. Entgegen der Vermutung der Antragstellerin sei die Broschüre mit der Beschreibung des Gerätes „WC 118“ bereits dem ursprünglichen Angebot beigelegt gewesen, diese sei erneut mit der Erklärung vom 16.1.2007 der Antragsgegnerin vorgelegt worden. Die Antragsgegnerin sei nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet gewesen, bei der Auslegung von Unklarheiten davon auszugehen, dass die Teilnahmeberechtigte ein ausschreibungskonformes Angebot legen wollte, weshalb sie die Teilnahmeberechtigte zutreffend aufgefordert habe, Unklarheiten aufzuklären. Vor der erneuten Zuschlagserteilung, nach Aufhebung der zunächst ergangenen Zuschlagsentscheidung, habe die Auftraggeberin die Teilnahmeberechtigte zu einem Aufklärungsgespräch über die Gesamtkalkulation eingeladen. Bei diesem Gespräch habe die Teilnahmeberechtigte ihre Gesamtkalkulation vom 6.12.2006 vorgelegt und gegenüber dem Vertreter der Antragsgegnerin erläutert. Dieser habe sie geprüft und für plausibel befunden. Aus dieser Gesamtkalkulation sei auch aus zwei Positionen ersichtlich, dass die in Frage stehende Speichererweiterung von 64 MB für das Gerät WC 118 von der Teilnahmeberechtigten bereits vor Abgabe ihres Angebotes berücksichtigt worden sei. Bei dieser Aufklärung handle es sich nicht um die unzulässige Behebung eines „gravierenden Mangels“ sondern um ein den Vorschriften der §§ 126 ff BVergG 2006 entsprechendes Vorgehen der Auftraggeberin. Die Geeignetheit der Subunternehmerin sei von der Auftraggeberin umfassend geprüft und bestätigt worden, die Nennung einer Subunternehmerin sei zulässig gewesen. Damit erweise sich die angefochtene Zuschlagsentscheidung als vergaberechtskonform, weshalb der Antrag auf deren Nichtigerklärung zurückzuweisen sei. In der Sache selbst führt

die Teilnahmeberechtigte aus, sie habe ein Workcenter 118 angeboten, das grundsätzlich als Basisausrüstung über 96 MB Speicher verfüge und habe dies auch in einem Schreiben an die Antragsgegnerin vom 16.1.2007 erläutert. Das Angebot sei auf einem von der Antragsgegnerin erstellten Formular, das von der Teilnahmeberechtigten ausgefüllt wurde, abgegeben worden. Bei der fraglichen Leistungsklasse 2 seien die von der Auftraggeberin geforderten Mindestanforderungen, darunter eben „Speicherkapazität: mind. 128 MB gesamt“ wiedergegeben. Gemäß dem eindeutigen Formulartext „angebotenes Gerätemodell“ sei eben nur das Gerätemodell anzugeben gewesen und nicht etwa eine Konfiguration. Die Teilnahmeberechtigte habe das von ihr zur Erfüllung dieser Mindestanforderungen in Aussicht genommene Gerätemodell WC 118 eingesetzt und damit angeboten. Damit sei klar, dass damit prinzipiell eben ein Gerät in ausschreibungskonformer Konfiguration angeboten wurde. Entgegen der Vermutung der Antragstellerin sei die Broschüre mit der Beschreibung des Gerätes „WC 118“ bereits dem ursprünglichen Angebot beigelegt gewesen, diese sei erneut mit der Erklärung vom 16.1.2007 der Antragsgegnerin vorgelegt worden. Die Antragsgegnerin sei nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet gewesen, bei der Auslegung von Unklarheiten davon auszugehen, dass die Teilnahmeberechtigte ein ausschreibungskonformes Angebot legen wollte, weshalb sie die Teilnahmeberechtigte zutreffend aufgefordert habe, Unklarheiten aufzuklären. Vor der erneuten Zuschlagserteilung, nach Aufhebung der zunächst ergangenen Zuschlagsentscheidung, habe die Auftraggeberin die Teilnahmeberechtigte zu einem Aufklärungsgespräch über die Gesamtkalkulation eingeladen. Bei diesem Gespräch habe die Teilnahmeberechtigte ihre Gesamtkalkulation vom 6.12.2006 vorgelegt und gegenüber dem Vertreter der Antragsgegnerin erläutert. Dieser habe sie geprüft und für plausibel befunden. Aus dieser Gesamtkalkulation sei auch aus zwei Positionen ersichtlich, dass die in Frage stehende Speichererweiterung von 64 MB für das Gerät WC 118 von der Teilnahmeberechtigten bereits vor Abgabe ihres Angebotes berücksichtigt worden sei. Bei dieser Aufklärung handle es sich nicht um die unzulässige Behebung eines „gravierenden Mangels“ sondern um ein den Vorschriften der Paragraphen 126, ff BVerGG 2006 entsprechendes Vorgehen der Auftraggeberin. Die Geeignetheit der Subunternehmerin sei von der Auftraggeberin umfassend geprüft und bestätigt worden, die Nennung einer Subunternehmerin sei zulässig gewesen. Damit erweise sich die angefochtene Zuschlagsentscheidung als vergaberechtskonform, weshalb der Antrag auf deren Nichtigerklärung zurückzuweisen sei.

Unter Wiederholung ihres bereits bekannten Standpunktes hat daraufhin die Antragstellerin mit Stellungnahme vom 24.4.2007 zum Vorbringen der Teilnahmeberechtigten ausgeführt, dass Gegenstand des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagsentscheidung vom 3.4.2007 sei, während das zu VKS – 599/07 geführte Verfahren ausschließlich das von der Teilnahmeberechtigten, die in jenem Verfahren Antragstellerin gewesen sei, erstattete Vorbringen hinsichtlich der Tauglichkeit des von ihr in der Leistungsklasse 3 angebotenen Gerätes gewesen sei. Der nunmehr geltend gemachte Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen durch die Zuschlagsentscheidung vom 3.4.2007 sei erst zu einem Zeitpunkt gesetzt worden, in dem das zu VKS – 599/07 geführte Verfahren bereits rechtskräftig abgeschlossen gewesen sei.

Die Ansicht der Teilnahmeberechtigten, dass nach dem Ausschreibungstext „lediglich das Gerätemodell anzugeben gewesen (sei) und nicht etwa die Konfiguration“ werde nicht geteilt. Konkret seien 47 unterschiedliche Ausführungsvarianten des Gerätetyps WC 118 am Markt, die jeweils mit eigener Produktnummer angeboten werden. Wenn somit lediglich das Gerätemodell in das Ausschreibungsblatt für die Leistungsklasse 2 einzusetzen gewesen wäre, sei nicht nachvollziehbar „warum nicht bereits die Produktnummer jenes Gerätemodells eingesetzt wurde, das die Mindestanforderung erfüllt. Es wäre somit für die mitbeteiligte Partei problemlos gewesen, den Gerätetyp M 118 VP-UFS in das Angebot einzusetzen, womit von Anfang an klargestellt gewesen wäre, dass ein den Mindestanforderungen entsprechender Gerätetyp Gegenstand des Angebotes“ sei. Das Anbieten bloß des Basismodells könne bei Vorliegen von 47 unterschiedlichen Gerätemodellen kein ausreichend definiertes Angebot darstellen. Damit hätte es der Bieter immer in der Hand, sein Angebot abzuändern, in dem er nachträglich eine der möglichen Modellvarianten zum Gegenstand seines Angebotes erkläre. Es handle sich somit nicht, wie von der Teilnahmeberechtigten behauptet, um eine bloße Unklarheit, sondern um ein nicht ausreichend definiertes Angebot.

Darauf hat die Teilnahmeberechtigte mit Schriftsatz vom 18.5.2007 geantwortet, im Ausschreibungsformular sei eine Mindestkonfiguration vorgegeben gewesen, die von der Teilnahmeberechtigten auch angeboten worden sei. Die Teilnahmeberechtigte habe sich mit Abgabe ihres Angebotes verpflichtet, bei Zuschlagserteilung das Gerätemodell WC 118 in der geforderten Konfiguration, insbesondere mit einer Mindestspeicherkapazität von 128 MB, zu liefern. Zur Unterstützung ihres Vorbringens bezieht sich die Teilnahmeberechtigte auf verschiedene Judikaturstellen von

Nachprüfungsbehörden. Schon aus dem Hinweis im Prospekt zum Gerätemodell WC 118 sei ersichtlich, dass dieses in verschiedenen Konfigurationen ausgeliefert werden könne. Unter der Speicherfunktion wird ausdrücklich unter Gerätespeicher das Wort „Standard“ angeführt und beim Workcenter M 118 der Standardausführung 96 MB angegeben. Diese Mindestkonfiguration setze aber zwangsweise weitere Konfigurationen voraus, das heißt das Gerätemodell sei auch mit höherer Speicherkapazität lieferbar und sei tatsächlich auch mit einer höheren Speicherkapazität angeboten worden. Die Feststellung, dass das Gerät in der angebotenen Konfiguration tatsächlich eine Leistungsfähigkeit von 160 MB habe, sei eine technische Information, die auf die Erfüllung der im Antragsformular angebotenen und weiterhin gültigen Mindestspeicherkapazität von 128 MB keinen Einfluss habe. „Eindeutig (sei) die mitbeteiligte Partei an ihr Angebot, in dem sie festgestellt hat, ein Gerät mit einer Mindestspeicherkapazität von 128 MB zu liefern, gebunden.“ Dass diese Konfiguration auch der ursprünglichen Preiskalkulation zugrunde gelegt wurde, habe die Teilnahmeberechtigte gegenüber der Auftraggeberin mit Vorlage ihrer Kalkulationstabelle dargestellt und bewiesen, aus der Überschrift zu dieser Tabelle gehe deutlich hervor, dass die Preiskalkulation vor Abgabe des Angebotes im laufenden Verfahren erstellt worden sei.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die jeweils auch der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 22.5.2007 folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin hat als öffentliche Auftraggeberin europaweit (Amtsblatt der EU vom 26.10.2006) die Anmietung von ca. 1450 Kopiergeräten für einen Zeitraum von 60 Monaten öffentlich bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 7.12.2006, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich sechs Unternehmen durch Legung von Angeboten hinsichtlich der hier in Frage stehenden Position 1 am Verfahren beteiligt.

Die für das Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen lauten wie folgt:

In den allgemeinen Angebotsbestimmungen ist bezüglich der Datenblätter auf Seite 8 unter anderem festgelegt:

„Datenblätter und Sicherheitsdatenblätter

Aktuelle Datenblätter für die Mindestanforderungen bzw. Sicherheitsdatenblätter für den Toner sind beizubringen. Daten betreffend die Mindestanforderungen, die in den Datenblättern nicht angeführt sind, sind auf gesonderte Anforderung des Auftraggebers in geeigneter Form nachzuweisen“.

Auf Seite 9 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen ist unter anderem festgelegt:

„Im Angebot ist der Kopienpreis für die jeweilige Leistungsklasse anzugeben.

Der Kopienpreis ist die einzige Verrechnungsbasis. Er ist ein All in Preis und beinhaltet sämtliche Kosten wie den An- und Abtransport (auch anlässlich eines Austauschs des Systems oder Teilen davon), die Miete des Gerätes, Aufstellung und Installation, die Implementierung und Integration ins Netzwerk, Gebühren wie ARA bzw. allfällige Entsorgungsbeiträge, Urheberrechts-Gerätevergütung, Service, Wartung, Reparatur und Ersatzteile bzw. Verschleißteile, Einschulung des Bedienungspersonals (...) sowie die Verbrauchsmaterialien (...) und den Abtransport der verbrauchten Tonerkartuschen“.

Position 1 ist in sechs Leistungsklassen (Leistungsklasse 1 bis 6) unterteilt (Seite 15 der Ausschreibungsunterlagen). Hinsichtlich der einzelnen Leistungsklassen war der Preis für 100 Kopien ohne USt anzubieten und das angebotene Gerätemodell einzusetzen.

Die Anforderungen hinsichtlich der Leistungsklasse 2 sind in den Ausschreibungsunterlagen wie folgt festgelegt:

Leistungsklasse 2

Einsatzbereich von 100 – 3.000 Kopien pro Monat

Durchschnittliches Kopiervolumen pro Monat: ca. 1.100

Anzahl der ausgeschriebenen Kopiergeräte: ca. 445 Stück

Mindestanforderungen an Kopiergerät:

Tischgerät

Originalformat: A3

Kopienformat: A3

Kopiergeschwindigkeit: 15-20 Kopien pro Minute

Automatischer Wendeeinzug: für mind. 50 Blatt

Automat. Duplexfunkt.

Sorter (Versetzer)

Zoom: von 50 bis 200 %

Papiervorrat: 2 Kassetten mit gesamt mind. 500 Blatt

Untertisch

Netzwerkkarte

USB 2.0 Schnittstelle

Speicherkapazität: mind. 128 MB gesamt

Kostenstellenerfassung f. mind. 50 Stellen

Preis per 100 Kopien exkl. Ust. €

Angebotenes Gerätemodell:

Option auf Vertragsverlängerung der Wartung (siehe Leistungsverzeichnis Seite 6)

1. Verlängerungsjahr: Preis per 100 Kopien € exkl. Ust.

2. Verlängerungsjahr: Preis per 100 Kopien € exkl. Ust.

3. Verlängerungsjahr: Preis per 100 Kopien € exkl. Ust.

4. Verlängerungsjahr: Preis per 100 Kopien € exkl. Ust.

5. Verlängerungsjahr: Preis per 100 Kopien € exkl. Ust.

Im Zuge der Eröffnung der Angebote wurde das Angebot der Teilnehmereberechtigten bezüglich der Position 1 mit EUR 5.619.645, jenes der Antragstellerin mit EUR 6.123.279,60 verlesen. Die Antragstellerin liegt mit ihrem Angebot an zweiter Stelle. Mit ihrem Angebot hat die Teilnehmereberechtigte einen Prospekt betreffend das Copycenter C 118/Workcenter M 118/M118i vorgelegt, das in den Vergabeakten die Seitenzahl 69f trägt. In diesem Prospekt wird auf der letzten Seite in der Spalte „Gerätespeicher Standard“ ausgeführt:

„Copycenter C 118: 32 MB

Workcenter M 118: 96 MB (Kopieren: 32 MB, Drucken: 64 MB)

Workcenter M 118i: 160 MB (Kopieren/Faxen: 96 MB, Drucken: 64 MB)

Optional Scan-to-E-Mail: 128 MB."

Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 9.1.2007 die Teilnehmereberechtigte unter anderem zu Abweichungen zu den in der Ausschreibung angegebene Mindestanforderung im Leistungsverzeichnis um Aufklärung hinsichtlich der Position 1 – Leistungsklasse 2 wie folgt ersucht:

„Das angebotene Gerät WC 118 hat laut Prospekt und „Info-Markt“ nur 96 MB Speicher (Kopieren 32 MB, Drucken 64 MB) statt der in der Ausschreibung geforderten 128 MB Speicher“.

Fristgerecht hat die Teilnehmereberechtigte dieses Schreiben bezüglich der Anfrage zur Leistungsklasse 2 mit Schreiben vom 16.1.2007 wie folgt beantwortet:

„Es stimmt, dass das Workcenter 118 standardmäßig 96 MB Speicher besitzt. Die Maschine kann jedoch mit optional verfügbaren Speichererweiterungen bis 288 MB aufgerüstet werden (vergleiche die Rückseite der beigegeführten Produktbroschüre). Bei dem angebotenen Gerät wurde bereits eine Speichererweiterung von 64 MB berücksichtigt.

Der gesamte Arbeitsspeicher der Maschine beträgt daher $32 + 64 + 64 = 160$ MB, dh. ist um 32 MB größer als der lt. Ausschreibung geforderte 128 MB Speicher". Diesem Schreiben lag ein Exemplar jener Produktbroschüre bei, wie sie bereits mit dem Angebot der Teilnehmberechtigten abgegeben worden war. Weiters war diesem Schreiben angeschlossen ein Blatt (Seite 101 der Vergabeakten), das mit „Meine Konfiguration“ überschrieben ist und unter dieser Überschrift die Bezeichnung „M 118 VP-UFS“ trägt. In der letzten Zeile dieser Beilage wird angeführt „Weitere Optionen:

64 MB – Speichererweiterung (für kopiererteil) (498 K 07590)".

Zunächst hat die Antragsgegnerin am 9.2.2007 eine zugunsten der Antragstellerin lautende Zuschlagsentscheidung getroffen und gleichzeitig mitgeteilt, dass das Angebot der Teilnehmberechtigten wegen Nichterfüllung von Mindestkriterien auszuschneiden war. Diese Entscheidung wurde von der Teilnehmberechtigten mit Antrag auf Nichtigkeitsklärung angefochten. Dem Antrag hat der Vergabekontrollsenat mit seinem Bescheid vom 19.3.2007, VKS – 599/07, stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung vom 9.2.2007 ebenso für nichtig erklärt wie die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin.

In dem darauf hin fortgesetzten Vergabeverfahren hat die Antragsgegnerin die Teilnehmberechtigte aufgefordert, ihre Gesamtkalkulation vorzulegen und diese auf ihre Stichhaltigkeit überprüfen zu können. Diesbezüglich hat die Antragsgegnerin den Aktenvermerk vom 26.3.2007 errichtet. Darin hält sie fest, dass das Angebot kostendeckend erstellt wurde und über den gesamten Ausschreibungszeitraum von fünf Jahren sogar einen Gewinn aufweise. „Die Preise können somit als angemessen betrachtet werden“. Bei der Besprechung vom 26.3.2007 hat die Teilnehmberechtigte ihre am 6.12.2006, also vor Angebotsende, erstellte Kalkulation 2006, also vor Angebotsende, erstellte Kalkulation vorgelegt. Aus dieser Kalkulation ergibt sich, dass bei der Berechnung die optionale Aufrüstung um 64 MB bei dem in der Leistungsklasse 2 angebotenen Gerät berücksichtigt worden ist.

Im Formblatt zur Leistungsklasse 2, das von den Bietern auszufüllen war, hat die Teilnehmberechtigte in der Zeile „angebotenes Gerätemodell: das Gerät WC 118 eingesetzt“.

Die Zuschlagsentscheidung vom 3.4.2007 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 16.4.2007 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 sind entrichtet worden.

Diese Feststellungen gründen sich vor allem auf den Inhalt der Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht bezweifelt wurde, sowie auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass von der Teilnehmberechtigten mit ihrem Angebot ein Gerät aus ihrer Produktgruppe WC 118 angeboten worden ist, ohne dass im Leistungsblatt die konkrete Typenbezeichnung angeführt worden wäre. Aufgrund der von der Teilnehmberechtigten sowohl im Zuge der Angebotsprüfung als auch im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vorgelegten Gesamtkalkulation war als erwiesen anzunehmen, dass sie die Speichererweiterung um 64 MB bei ihrer Gesamtkalkulation bereits vor Angebotslegung entsprechend berücksichtigt hat und das mit ihrem Aufklärungsschreiben vom 16.1.2007 erstmals vorgelegte Typenblatt „Meine Konfiguration“ mit der Typenbezeichnung M 118 VP-UFS mit der Option einer 64 MB – Speichererweiterung jenes Gerät ist, das von ihr in der Leistungsgruppe 2 angeboten wurde. Unstrittig ist, wie auch von der Antragstellerin zugestanden, dass das Gerät in dieser Konfiguration die Mindestanforderung an die Speicherkapazität erfüllt.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf den Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens an die Europäischen Gemeinschaften (17.10.2006) sowie den Zeitpunkt der Antragstellung auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens (16.4.2007) auf den gegenständlichen Sachverhalt sowohl die Bestimmungen des BVergG 2006 als auch jene des WVRG 2007 anzuwenden sind.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen als Lieferauftrag im Sinne des § 5 BVergG 2006 wurden ordnungsgemäß bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006). Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich

unstrittig um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen als Lieferauftrag im Sinne des Paragraph 5, BVergG 2006 wurden ordnungsgemäß bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, 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 eines 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 Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt, wie dies bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 24.4.2007 eingehend geprüft wurde. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung 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. 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 eines 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 Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt, wie dies bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 24.4.2007 eingehend geprüft wurde. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung 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.

Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 3.4.2007 zugegangen ist, ist der am 16.4.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 3.4.2007 zugegangen ist, ist der am 16.4.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Der Antrag ist im Ergebnis jedoch nicht berechtigt.

Zunächst war auf den Einwand der Teilnahmberechtigten einzugehen, der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sei unzulässig, weil die von der Antragstellerin vorgebrachten Argumente bereits Gegenstand des Vorverfahrens VKS – 599/07 gewesen wären. Diese Ansicht kann nicht geteilt werden. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass im Verfahren VKS – 599/07, die Teilnahmberechtigte Antragstellerin im Verfahren gewesen ist und die nunmehrige Antragstellerin seinerzeit präsumtive Zuschlagsempfängerin. Diese zu Gunsten der Antragstellerin lautende (erste) Zuschlagsentscheidung wurde von der Teilnahmberechtigten mit Erfolg angefochten. Gegenstand dieses (ersten) Nachprüfungsverfahrens war nicht die Frage, ob das Angebot der Teilnahmberechtigten bezüglich des in der Position 1, Leistungsklasse 2 angebotenen Gerätes ausschreibungskonform war, sondern vielmehr die Frage, ob das in der Position 1 Leitungsklasse 3 angebotene Gerät den Ausschreibungsbestimmungen entsprochen hat. Bei diesem Verfahren hat es sich auch nicht – wie offenbar die Teilnahmberechtigte vermeint – um ein Feststellungsverfahren nach § 33 f WVRG 2007 gehandelt, sondern um eine Nichtigerklärungsverfahren, das ausschließlich der Klärung der Frage gedient hat, ob die von der Teilnahmberechtigten behauptete Rechtswidrigkeit vorlag oder nicht, wobei sich das Nachprüfungsverfahren nur im Rahmen dieser Überprüfung zu halten hatte (vergleiche § 23 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007). Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren betrifft ausschließlich die Frage, ob von der Teilnahmberechtigten in der Position 1 Leistungsklasse 2 ein den Mindestanforderungen entsprechendes Gerät angeboten wurde und ob die in diesem Zusammenhang ergangene Zuschlagsentscheidung vom 3.4.2007 mit den vergaberechtlichen Bestimmungen im Einklang steht oder nicht. Ausgehend von diesen Überlegungen ergibt sich die Zulässigkeit der gegenständlichen Antragstellung. Zunächst war auf den Einwand der Teilnahmberechtigten

einzugehen, der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sei unzulässig, weil die von der Antragstellerin vorgebrachten Argumente bereits Gegenstand des Vorverfahrens VKS – 599/07 gewesen wären. Diese Ansicht kann nicht geteilt werden. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass im Verfahren VKS – 599/07, die Teilnahmeberechtigte Antragstellerin im Verfahren gewesen ist und die nunmehrige Antragstellerin seinerzeit präsuntive Zuschlagsempfängerin. Diese zu Gunsten der Antragstellerin lautende (erste) Zuschlagsentscheidung wurde von der Teilnahmeberechtigten mit Erfolg angefochten. Gegenstand dieses (ersten) Nachprüfungsverfahrens war nicht die Frage, ob das Angebot der Teilnahmeberechtigten bezüglich des in der Position 1, Leistungsklasse 2 angebotenen Gerätes ausschreibungskonform war, sondern vielmehr die Frage, ob das in der Position 1 Leistungsklasse 3 angebotene Gerät den Ausschreibungsbestimmungen entsprochen hat. Bei diesem Verfahren hat es sich auch nicht – wie offenbar die Teilnahmeberechtigte vermeint – um ein Feststellungsverfahren nach Paragraph 33, f WVRG 2007 gehandelt, sondern um eine Nichtigerklärungsverfahren, das ausschließlich der Klärung der Frage gedient hat, ob die von der Teilnahmeberechtigten behauptete Rechtswidrigkeit vorlag oder nicht, wobei sich das Nachprüfungsverfahren nur im Rahmen dieser Überprüfung zu halten hatte (vergleiche Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007). Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren betrifft ausschließlich die Frage, ob von der Teilnahmeberechtigten in der Position 1 Leistungsklasse 2 ein den Mindestanforderungen entsprechendes Gerät angeboten wurde und ob die in diesem Zusammenhang ergangene Zuschlagsentscheidung vom 3.4.2007 mit den vergaberechtlichen Bestimmungen im Einklang steht oder nicht. Ausgehend von diesen Überlegungen ergibt sich die Zulässigkeit der gegenständlichen Antragstellung.

Gegenständlich ist davon auszugehen, dass die Teilnahmeberechtigte in ihrem Angebot in der Position 1 zur Leistungsklasse 2 in der Spalte „Angebotenes Gerätemodell“ lediglich „WC 118“ eingesetzt hat, das in seiner Grundausstattung unstrittig nicht die verlangte Speicherkapazität von 128 MB aufweist, ohne einen entsprechenden Hinweis auf eine, von ihr kalkulierte, Speichererweiterung vorzunehmen.

Nach den Feststellungen hat die Teilnahmeberechtigte bereits mit ihrem Angebot ein Produktblatt vorgelegt, aus dem für die Antragsgegnerin ersichtlich war, dass der Gerätespeicher in der Standardversion nicht die verlangte Speicherkapazität aufweist. In diesem Zusammenhang hat die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass für sie klar war, dass nicht das Gerät C 118 laut Prospekt angeboten wurde und auch nicht das Gerät M 118i gemeint gewesen sein kann, weil im Angebot „ausdrücklich WC 118 angeführt worden ist“ (Protokoll der mündlichen Verhandlung, Seite 3). Da der Antragsgegnerin jedoch die Aufrüstmöglichkeit von derartigen Geräten bekannt war, hat sie zutreffend die Teilnahmeberechtigte schriftlich um Aufklärung ersucht. Dabei hat sie sich an die Vorgabe in der Ausschreibung, Seite 8 der besonderen Vertragsbestimmungen gehalten, wonach „Daten betreffend die Mindestanforderungen, die in den Datenblättern nicht angeführt sind, ... auf gesonderte Anforderung ... in geeigneter Form nachzuweisen,“ sind. Derartige Aufklärungsgespräche und Erörterungen, die unter anderem auch der Klärung der Frage der Erfüllung der Mindestanforderungen dienen, sind nach § 127 Abs. 1 BVergG 2006/7 grundsätzlich zulässig. Sowohl das Aufklärungsersuchen als auch das Ergebnis sind in den Vergabeakten ausreichend dokumentiert und eindeutig festgelegt. Nach den Feststellungen hat die Teilnahmeberechtigte bereits mit ihrem Angebot ein Produktblatt vorgelegt, aus dem für die Antragsgegnerin ersichtlich war, dass der Gerätespeicher in der Standardversion nicht die verlangte Speicherkapazität aufweist. In diesem Zusammenhang hat die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass für sie klar war, dass nicht das Gerät C 118 laut Prospekt angeboten wurde und auch nicht das Gerät M 118i gemeint gewesen sein kann, weil im Angebot „ausdrücklich WC 118 angeführt worden ist“ (Protokoll der mündlichen Verhandlung, Seite 3). Da der Antragsgegnerin jedoch die Aufrüstmöglichkeit von derartigen Geräten bekannt war, hat sie zutreffend die Teilnahmeberechtigte schriftlich um Aufklärung ersucht. Dabei hat sie sich an die Vorgabe in der Ausschreibung, Seite 8 der besonderen Vertragsbestimmungen gehalten, wonach „Daten betreffend die Mindestanforderungen, die in den Datenblättern nicht angeführt sind, ... auf gesonderte Anforderung ... in geeigneter Form nachzuweisen,“ sind. Derartige Aufklärungsgespräche und Erörterungen, die unter anderem auch der Klärung der Frage der Erfüllung der Mindestanforderungen dienen, sind nach Paragraph 127, Absatz eins, BVergG 2006/7 grundsätzlich zulässig. Sowohl das Aufklärungsersuchen als auch das Ergebnis sind in den Vergabeakten ausreichend dokumentiert und eindeutig festgelegt.

Der Argumentation der Teilnahmeberechtigten, nach den Ausschreibungsbedingungen sei nur das „angebotene Gerätemodell“ anzuführen gewesen und nicht eine genau definierte Konfiguration, kann eine Berechtigung nicht abgesprochen werden. Die Teilnahmeberechtigte hat zu allen angebotenen Geräten keine konkrete Konfiguration

angegeben, sondern nur die Kurzbezeichnungen der Gerätemodelle, jedoch nirgends eine genaue Typenbezeichnung. Ihre Argumentation, wonach sie mit dem Einsetzen des angebotenen Gerätemodells und der Fertigung des Angebots erklärt habe, ein Gerät anzubieten, das die im Leistungsblatt angeführten Mindestanforderungen erfüllt, kann somit nicht von der Hand gewiesen werden. Dazu kommt, dass nach den Ausschreibungsbestimmungen (Seite 8 der Besonderen Angebotsbestimmungen) Daten betreffend die Mindestanforderungen, die in den Datenblättern nicht angeführt sind, auf gesonderte Anforderung des Auftraggebers in geeigneter Form nachzuweisen sind. Diesem Umstand hat die Aufforderung der Antragsgegnerin vom 9.1.2007 gedient, wonach die Teilnahmeberechtigte erklären sollte, wie das angebotene Gerät WC 118 die in der Ausschreibung geforderten 128 MB Speicherkapazität erfüllt. Die dazu von der Teilnahmeberechtigten gegebene Aufklärung im Schreiben vom 16.1.2007 ist unbedenklich, zumal sie durch die im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens sowie des Nachprüfungsverfahrens erfolgte Offenlegung der Gesamtkalkulation auch inhaltlich als richtig bestätigt wurde. Danach ist erwiesen, dass die Teilnahmeberechtigte bei ihrer Kalkulation vor Angebotsabgabe nicht nur den Gerätepreis für das Gerät in der Leistungsklasse 2 berücksichtigt hat, sondern auch die Erweiterung der Speicherkapazität um 64 MB.

Gemäß § 108 Abs. 2 BVergG 2006 erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmung der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Annahme des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Hierbei handelt es sich um eine Fiktion des Gesetzes, dass jeder 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 Teilnahmeberechtigte auch die Erklärung abgegeben, die angebotenen Leistungen zu den in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Bedingungen, also hinsichtlich der Geräte in der Position 1 Leistungsklasse 2 mit den dort festgehaltenen Mindestanforderungen, zu erbringen (bei vergleichbarem Sachverhalt VwGH vom 29.6.2005, Zl. 2005/04/0024-8 ua). Gemäß Paragraph 108, Absatz 2, BVergG 2006 erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmung der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Annahme des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Hierbei handelt es sich um eine Fiktion des Gesetzes, dass jeder 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 Teilnahmeberechtigte auch die Erklärung abgegeben, die angebotenen Leistungen zu den in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Bedingungen, also hinsichtlich der Geräte in der Position 1 Leistungsklasse 2 mit den dort festgehaltenen Mindestanforderungen, zu erbringen (bei vergleichbarem Sachverhalt VwGH vom 29.6.2005, Zl. 2005/04/0024-8 ua).

Da die Teilnahmeberechtigte 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. Da durchaus Unklarheiten seitens der Antragsgegnerin entstehen konnten – was seitens der Teilnahmeberechtigten durch Eintragung der Typenbezeichnung hätte verhindert werden können – war das von ihr eingeleitete Verfahren zur Aufklärung angezeigt und wurde auch in einer vergaberechtlich zutreffenden Art und Weise durchgeführt. Spätestens mit der Erklärung, der Teilnahmeberechtigten vom 16.1.2007 und der von ihr im Zuge der Fortsetzung des Vergabeverfahrens offengelegten Kalkulation hatte die Antragsgegnerin davon auszugehen, dass die Teilnahmeberechtigte tatsächlich in der Position 1, Leistungsklasse 2, ein Gerät angeboten hat, das den im Leistungsverzeichnis festgehaltenen Mindestanforderungen entspricht. Die Antragsgegnerin hat sohin die Unklarheit im Angebot der Teilnahmeberechtigten betreffend die Position 1, Leistungsklasse 2, bemerkt, diese zur Aufklärung aufgefordert und diese Aufklärung innerhalb der gesetzten Frist erhalten. Sie hat die Aufklärung gewürdigt, zusätzlich die Kalkulation der Teilnahmeberechtigten überprüft und für vollständig erachtet sowie die Preise als angemessen angesehen. In dieser Vorgangsweise der Antragsgegnerin kann ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen nicht erblickt werden. Da die Teilnahmeberechtigte 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. Da durchaus Unklarheiten seitens der Antragsgegnerin entstehen konnten – was seitens der Teilnahmeberechtigten durch Eintragung der Typenbezeichnung hätte verhindert werden können – war das von ihr eingeleitete Verfahren zur Aufklärung angezeigt und wurde auch in einer vergaberechtlich

zutreffenden Art und Weise durchgeführt. Spätestens mit der Erklärung, der Teilnahmeberechtigten vom 16.1.2007 und der von ihr im Zuge der Fortsetzung des Vergabeverfahrens offengelegten Kalkulation hatte die Antragsgegnerin davon auszugehen, dass die Teilnahmeberechtigte tatsächlich in der Position 1, Leistungsklasse 2, ein Gerät angeboten hat, das den im Leistungsverzeichnis festgehaltenen Mindestanforderungen entspricht. Die Antragsgegnerin hat sohin die Unklarheit im Angebot der Teilnahmeberechtigten betreffend die Position 1, Leistungsklasse 2, bemerkt, diese zur Aufklärung aufgefordert und diese Aufklärung innerhalb der gesetzten Frist erhalten. Sie hat die Aufklärung gewürdigt, zusätzlich die Kalkulation der Teilnahmeberechtigten überprüft und für vollständig erachtet sowie die Preise als angemessen angesehen. In dieser Vorgangsweise der Antragsgegnerin kann ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen nicht erblickt werden.

Soweit die Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz angeregt hat, die Voraussetzungen für die Zur Verfügung Stellung der technischen, finanziellen oder wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten zu überprüfen, ist dies nach dem Inhalt der Vergabeakten in einer gründlichen und nachvollziehbaren Art und Weise geschehen. Da die Teilnahmeberechtigte eine Subunternehmerin genannt hat, steht dies im Einklang mit den vergaberechtlichen Vorschriften.

Nach § 130 Abs. 1 BVergG 2006 ist von den Angeboten, die nach einem allfälligen Ausscheiden übrig bleiben der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung, im vorliegenden Fall dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, zu erteilen. Da das Angebot der Teilnahmeberechtigten nicht auszuschneiden war, ist es als jenes anzusehen, dem nach den Kriterium des niedrigsten Preises der Zuschlag zu erteilen war. Aus diesen Gründen war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen. Nach Paragraph 130, Absatz eins, BVergG 2006 ist von den Angeboten, die nach einem allfälligen Ausscheiden übrig bleiben der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung, im vorliegenden Fall dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, zu erteilen. Da das Angebot der Teilnahmeberechtigten nicht auszuschneiden war, ist es als jenes anzusehen, dem nach den Kriterium des niedrigsten Preises der Zuschlag zu erteilen war. Aus diesen Gründen war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 24.4.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 24.4.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 WVRG 2007; die dort genannten Gründe liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins, WVRG 2007; die dort genannten Gründe liegen nicht vor.

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

Schlagworte

Unklarheiten im Angebot; Aufklärung über Leistungsgegenstand.

Dokumentnummer

VERGT_20070522_2726_07_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>