

TE Verg Bescheid 2007/5/14 N/0034-BVA/10/2007-046

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.05.2007

Norm

BVergG 2006 §127 Abs1 Z7

BVergG 2006 §130 Abs1

1. BVergG 2006 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Frei Haus-Lieferung (DDP gemäß Incoterms 1990) von Diphtherie-Tetanus-Impfstoff" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt vertreten durch X*** Rechtsanwälte eingeleitet über Antrag vom 12. April 2007 der A*** wie folgt entschieden:

Spruch

Die Anträge der A*** auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihre Angebote und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 127 Abs 1 Z 7, 130 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 127, Absatz eins, Ziffer 7, 130, Absatz eins, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Verfahrensparteien

Die Antragstellerin beantragte am 12. April 2007 die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung in dem Vergabeverfahren "Frei Haus-Lieferung (DDP gemäß Incoterms 1990) von Diphtherie-Tetanus-Impfstoff" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt. Sie machte geltend, dass ihr ein Schaden an entgangener Marge von Euro 5.247 drohe. Ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschieden worden. Das Angebot der B*** sei nicht das einzige ausschreibungskonforme. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass bei Zuschlagserteilung der Eintritt des Schadens durch Zuschlagserteilung an die B*** drohe.

Die B***, die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, brachte mit Schriftsatz vom 16. April 2007 im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber Alternativangebote ausdrücklich zulassen hätte müssen. In der

gegenständlichen Ausschreibung sei dies nicht geschehen. Bei der Wahl des Zuschlagsprinzips "niedrigster Preis" sei die Legung von Alternativangeboten unzulässig. Nach § 127 Abs 1 Z 7 BVergG sei das Angebot der Antragstellerin ein unzulässiges Alternativangebot und somit auszuschneiden. Die B*** habe ein Interesse am Vertragsabschluss. Das gegenständliche Projekt stelle ein wichtiges Referenzprojekt im Bereich der Impfstoffe dar. Die B*** erachte sich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, ihrem Recht auf ein faires Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes verletzt. Bei Nichterhalt des Auftrages entstehe ein Schaden in der Höhe der entgangenen Spanne von Euro 3.435,25. Der Schaden der Antragstellerin sei nicht nachvollziehbar. Das öffentliche Interesse der Sicherstellung der Versorgung der österreichischen Bevölkerung mit Diphtherie-Tetanus-Impfstoff sei ab 1. Juni 2007 gefährdet, wenn das Nachprüfungsverfahren zu lange dauere. Die Auftraggeberin habe eine angemessene und kontinuierliche Bereitstellung der Diphtherie-Tetanus-Impfstoffe sicherzustellen, damit der Bedarf der Patienten im Inland gedeckt sei. Die B*** beantragte die Anträge der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf einstweilige Verfügung als unbegründet abzuweisen. Die B***, die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, brachte mit Schriftsatz vom 16. April 2007 im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber Alternativangebote ausdrücklich zulassen hätte müssen. In der gegenständlichen Ausschreibung sei dies nicht geschehen. Bei der Wahl des Zuschlagsprinzips "niedrigster Preis" sei die Legung von Alternativangeboten unzulässig. Nach Paragraph 127, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sei das Angebot der Antragstellerin ein unzulässiges Alternativangebot und somit auszuschneiden. Die B*** habe ein Interesse am Vertragsabschluss. Das gegenständliche Projekt stelle ein wichtiges Referenzprojekt im Bereich der Impfstoffe dar. Die B*** erachte sich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, ihrem Recht auf ein faires Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes verletzt. Bei Nichterhalt des Auftrages entstehe ein Schaden in der Höhe der entgangenen Spanne von Euro 3.435,25. Der Schaden der Antragstellerin sei nicht nachvollziehbar. Das öffentliche Interesse der Sicherstellung der Versorgung der österreichischen Bevölkerung mit Diphtherie-Tetanus-Impfstoff sei ab 1. Juni 2007 gefährdet, wenn das Nachprüfungsverfahren zu lange dauere. Die Auftraggeberin habe eine angemessene und kontinuierliche Bereitstellung der Diphtherie-Tetanus-Impfstoffe sicherzustellen, damit der Bedarf der Patienten im Inland gedeckt sei. Die B*** beantragte die Anträge der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf einstweilige Verfügung als unbegründet abzuweisen.

Die Auftraggeberin legte am 16. April 2007 die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Mit Schriftsatz vom 17. April 2007 erteilte sie die allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und stellte den Antrag auf Einschränkung der Akteneinsicht der Antragstellerin auf die diese betreffenden Teile des Vergabeaktes. Sie gab weder eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag noch zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ab.

Mit Schriftsatz vom 23. April 2007 nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Nach Darstellung des Sachverhaltes führte sie aus, dass das Angebot der Antragstellerin kein Alternativangebot sondern zwei Hauptangebote enthält, weil die beiden Angebote sich lediglich durch den Preis unterschieden. Nach einer Darstellung der Rechtsprechung aus Deutschland und Österreich sowie der jeweils relevanten Literatur kommt die Auftraggeberin zu dem Schluss, dass die Legung zweier Hauptangebote wegen der Manipulationsmöglichkeiten des Bieters unzulässig ist. Auch sei fraglich, mit welchem Hauptangebot sich der Bieter am Vergabeverfahren beteiligen wolle, was das gesamte Angebot unklar erscheinen lasse. Nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes widerspreche das Anbieten gleicher Qualitätsstandards in Verbindung mit unterschiedlichen Preisen dem lauterem Wettbewerb. Im gegenständlichen Fall stelle der Angebotspreis den einzigen vergaberechtlich relevanten Unterschied dar. Aus den von der Antragstellerin beigebrachten Angebotsunterlagen gehe nicht hervor, mit welchem der beiden Angebote "A" oder "B" sie am Vergabewettbewerb teilnehmen möchte und welcher Angebotspreis für die Bewertung heranzuziehen sei. Eine Aufklärung dieser Unklarheit sei schon augenscheinlich ausgeschlossen, weil diese jedenfalls die Wettbewerbsstellung des Bieters verändern würde. Die Angebotstellung sei daher im Sinne der Judikatur des Bundesvergabeamtes widersprüchlich. Der konkrete Nachweis einer Manipulationsabsicht sei kaum jemals zu erbringen und nicht erforderlich. Ein entscheidendes Argument gegen die Zulässigkeit sei auch, dass vielfältigen unredlichen Vorgangsweisen zwischen einem konkreten Bieter und dem Auftraggeber Tür und Tor geöffnet wäre. Dabei sei insbesondere an eine Absprache der Abgabe mehrerer Angebote, den absichtlichen Einbau von Angebotsfehlern, die äußere Kennzeichnung bestimmter Angebote, die "rechtzeitige" Zurückziehung "nicht passender" Angebote, etc zu denken. Die Zulassung der Legung mehrerer Hauptangebote, die sich lediglich im Preis unterschieden, würde daher einem der Hauptzwecke des europäischen Vergaberechts, nämlich der Korruptionsbekämpfung, widersprechen. Die Legung mehrerer Hauptangebote sei auch deshalb unzulässig, um

unredlichen Vorgangsweisen zwischen dem Auftraggeber und einem konkreten Bieter entgegenzuwirken. In eventu brachte die Auftraggeberin vor, dass nach § 81 Abs 1 BVergG Alternativangebote bei Billigstbieterausschreibungen unzulässig seien. Abänderungsangebote seien in der Ausschreibung eindeutig für unzulässig erklärt worden. Die Auftraggeberin stellte daher den Antrag auf Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Entscheidung, die Angebote der Antragstellerin auszuschneiden, und den Antrag auf Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Mit Schriftsatz vom 23. April 2007 nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Nach Darstellung des Sachverhaltes führte sie aus, dass das Angebot der Antragstellerin kein Alternativangebot sondern zwei Hauptangebote enthält, weil die beiden Angebote sich lediglich durch den Preis unterschieden. Nach einer Darstellung der Rechtsprechung aus Deutschland und Österreich sowie der jeweils relevanten Literatur kommt die Auftraggeberin zu dem Schluss, dass die Legung zweier Hauptangebote wegen der Manipulationsmöglichkeiten des Bieters unzulässig ist. Auch sei fraglich, mit welchem Hauptangebot sich der Bieter am Vergabeverfahren beteiligen wolle, was das gesamte Angebot unklar erscheinen lasse. Nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes widerspreche das Anbieten gleicher Qualitätsstandards in Verbindung mit unterschiedlichen Preisen dem lauterem Wettbewerb. Im gegenständlichen Fall stelle der Angebotspreis den einzigen vergaberechtlich relevanten Unterschied dar. Aus den von der Antragstellerin beigebrachten Angebotsunterlagen gehe nicht hervor, mit welchem der beiden Angebote "A" oder "B" sie am Vergabewettbewerb teilnehmen möchte und welcher Angebotspreis für die Bewertung heranzuziehen sei. Eine Aufklärung dieser Unklarheit sei schon augenscheinlich ausgeschlossen, weil diese jedenfalls die Wettbewerbsstellung des Bieters verändern würde. Die Angebotstellung sei daher im Sinne der Judikatur des Bundesvergabeamtes widersprüchlich. Der konkrete Nachweis einer Manipulationsabsicht sei kaum jemals zu erbringen und nicht erforderlich. Ein entscheidendes Argument gegen die Zulässigkeit sei auch, dass vielfältigen unredlichen Vorgangsweisen zwischen einem konkreten Bieter und dem Auftraggeber Tür und Tor geöffnet wäre. Dabei sei insbesondere an eine Absprache der Abgabe mehrerer Angebote, den absichtlichen Einbau von Angebotsfehlern, die äußere Kennzeichnung bestimmter Angebote, die "rechtzeitige" Zurückziehung "nicht passender" Angebote, etc zu denken. Die Zulassung der Legung mehrerer Hauptangebote, die sich lediglich im Preis unterschieden, würde daher einem der Hauptzwecke des europäischen Vergaberechts, nämlich der Korruptionsbekämpfung, widersprechen. Die Legung mehrerer Hauptangebote sei auch deshalb unzulässig, um unredlichen Vorgangsweisen zwischen dem Auftraggeber und einem konkreten Bieter entgegenzuwirken. In eventu brachte die Auftraggeberin vor, dass nach Paragraph 81, Absatz eins, BVergG Alternativangebote bei Billigstbieterausschreibungen unzulässig seien. Abänderungsangebote seien in der Ausschreibung eindeutig für unzulässig erklärt worden. Die Auftraggeberin stellte daher den Antrag auf Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Entscheidung, die Angebote der Antragstellerin auszuschneiden, und den Antrag auf Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

In der Stellungnahme vom 4. Mai 2007 bezog sich die Auftraggeberin auf den Schriftsatz der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom 17. April 2007 und bestritt das Vorbringen hinsichtlich der Alternativangebote, soweit es nicht mit dem eigenen Vorbringen übereinstimmt. Sie verwies auf den eigenen Schriftsatz vom 23. April 2007 und das darin erstattete Vorbringen.

Am 8. Mai 2007 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt.

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt

Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt schrieb die Lieferung von ca. 35.000 Dosen Diphterie-Tetanus-Impfstoff in der Fertigspritze pro Jahr mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 227.700 pro Jahr als Lieferauftrag in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip aus. Der Schätzung legte die Auftraggeberin einen Bedarf von 34.500 Stück Fertigspritzen pro Jahr zugrunde. Den Stückpreis schätzte sie mit Euro 2,20. Alternativangebote sind unzulässig. Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 20. Dezember 2006, 2006/S 242-258960, abgesandt am 15. Dezember 2006, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-316701-6c7. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 7. Februar 2007, 11.00 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt sollte auch die Angebotsöffnung erfolgen. Die Bindungsfrist beträgt fünf Monate ab diesem Datum. (Bekanntmachung der Ausschreibung; amtliche Einschau unter ted.europa.eu und unter www.auftrag.at)

Punkt 1 der "Allgemeinen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "1.Ziffer eins

Der Bieter erklärt sich mit Abgabe des Angebotes bereit, die ausgeschriebenen Lieferungen bzw. Leistungen nach Maßgabe der vorliegenden Ausschreibung zu den offerierten Preisen zu übernehmen. Er erklärt ferner, dass er über die hierzu notwendige Befugnis verfügt, dass er die Ausschreibung kennt und dass diese genügt, ein in jeder Hinsicht einwandfreies und verbindliches Angebot erstellen zu können.

Er verzichtet darauf, seine Angebotserklärung wegen Irrtums anzufechten."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 2 der "Allgemeinen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "2.Ziffer 2

Angebote, die unvollständig ausgefüllt sind bzw. eigenmächtige Textveränderungen oder Vorbehalte enthalten, berechtigen die vergebende Stelle, diese ohne weitere Prüfung auszuschneiden."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 6 der "Allgemeinen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "6.Ziffer 6

Für die Erstellung des Angebotes wird - gleichgültig, welche Vorarbeiten hiezu erforderlich waren - keine Vergütung geleistet. Aus der Einreichung des Angebotes kann kein Anspruch auf Auftragserteilung abgeleitet werden."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 7 der "Allgemeinen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "7.Ziffer 7

Das Angebot ist in deutscher Sprache und Euro (Euro) zu erstellen. Auch für die Auftragsdurchführung und Abrechnung gelten ausschließlich die deutsche Sprache und Euro."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 10 der "Allgemeinen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "10.Ziffer 10

Der Bieter bleibt an sein Angebot 5 Monate nach Angebotsöffnung vollinhaltlich gebunden."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 20 der "Allgemeinen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "20.Ziffer 20

Die Erstellung des Angebots hat für in Österreich durchzuführende Arbeiten unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen; der Bieter verpflichtet sich, diese Vorschriften bei der Durchführung des Auftrages in Österreich einzuhalten. Diese Vorschriften werden bei der für die Ausführung des Auftrages in Österreich örtlich zuständigen Gliederung der gesetzlichen Interessensvertretung der Arbeitgeber ("Wirtschaftskammer") und der Arbeitnehmer ("Arbeiterkammer") zur Einsichtnahme bereitgehalten.

Der Bieter hat weiters die sich aus den Übereinkommen Nr. 29, 87, 94, 95, 98, 100, 105, 111 und 138 der Internationalen Arbeitsorganisation (Bundesgesetzblatt Nr. 1950/228, 1952/20, 1954/39, 1958/81, 1961/86, 1973/111 und III 2001/200, erhältlich bei Wiener Zeitung - digitale Publikationen GmbH, Tenschert-Straße 7, A-1239 Wien, Fax + 43 (1) 20699-442 Durchwahl) ergebenden Verpflichtungen einzuhalten."Der Bieter hat weiters die sich aus den Übereinkommen Nr. 29, 87, 94, 95, 98, 100, 105, 111 und 138 der Internationalen Arbeitsorganisation (Bundesgesetzblatt Nr. 1950/228, 1952/20, 1954/39, 1958/81, 1961/86, 1973/111 und römisch drei 2001/200, erhältlich bei Wiener Zeitung - digitale Publikationen GmbH, Tenschert-Straße 7, A-1239 Wien, Fax + 43 (1) 20699-442 Durchwahl) ergebenden Verpflichtungen einzuhalten."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 26 der "Allgemeinen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "26.Ziffer 26

Ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung des Auftraggebers darf der erteilte Auftrag weder ganz noch teilweise an Subunternehmer weitergegeben werden.

Der Bieter hat im Angebot jene(n) Teil(e) des Auftrags anzugeben, den er möglicherweise an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt, und die allenfalls bereits ausgewählten Subunternehmer zu nennen.

Die Weitergabe des gesamten Auftrags ist unzulässig, ausgenommen hievon sind Kaufverträge, bei denen sich der Auftragnehmer eines Zulieferers bedient, sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

Der Auftragnehmer hat wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen selbst auszuführen. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist überdies nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis und technische Leistungsfähigkeit sowie die besondere beruflich Zuverlässigkeit (das heißt keine Strafvormerkungen gemäß Ausländerbeschäftigungsgesetz) im Sinne des österreichischen Bundesvergabegesetzes besitzt."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 30 der "Allgemeinen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "30.Ziffer 30

Änderungen und/oder Ergänzungen des vorliegenden Ausschreibungstextes sowie Abänderungsangebote sind unzulässig."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 32 der "Allgemeinen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "32.Ziffer 32

Da ein klarer und eindeutiger Qualitätsstandard auf definiertem Niveau vorgegeben wird, ist das einzige Zuschlagskriterium der niedrigste Preis. Überqualitäten sind nicht erforderlich und werden nicht bewertet."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1 der "Besonderen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "1.Ziffer eins

Vertragsdauer

Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, beginnt mit 01.06.2007 und ist durch die Vertragspartner unter Einhaltung einer Frist von mindestens 3 Monaten jederzeit schriftlich kündbar. Der Auftragnehmer verzichtet jedoch während der ersten drei Jahre auf sein ordentliches Kündigungsrecht."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 2 der "Besonderen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "2.Ziffer 2

Preisgarantie

Der Preis des Impfstoffes ist ein Fixpreis für die Dauer von 3 Jahren ab Inkrafttreten des Liefervertrags. Preisbasis für die Änderungen sind die amtlichen österreichischen Arzneimittelpreise per Dezember 2006; Änderungen können nach Ablauf von drei Jahren nur in dem jeweils amtlich festgesetzten Ausmaß erfolgen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Leistungsverzeichnis der Ausschreibung lautet:

"LEISTUNGSVERZEICHNIS

(vom Bieter auszufüllen)

Diphtherie-Impfstoff in der Fertigspritze für Grundimmunisierung und Auffrischungsimpfung

Bedarf ca. 35.000 Dosen pro Jahr (ohne Gewähr)

Angebotenes Produkt:

ausgestattet mit Zulassungszertifikat des Bundesministeriums für
Gesundheit und Frauen (ist dem Angebot beizulegen) nach § 7 Abs. 1
Arzneimittelgesetz 2004 in der derzeit gültigen Fassung.

Zulassungsnummer:

Der Impfstoff wird ausgeliefert (zutreffendes bitte ankreuzen):

☐ o direkt durch den Auftragnehmer an den Empfänger, unter

Einschaltung einer Lieferapotheke

☐ o über Distribuent

Name und Anschrift der Lieferapotheke(n):

.....

Name und Anschrift des Distribuenten:

.....

Schutzdauer:

Die nachfolgend mit "M" gekennzeichneten Anforderungen
(Mussanforderungen) sind jedenfalls zu erfüllen; jede
Nichterfüllung führt zum Ausscheiden des Angebotes.

| | Mussanforderung | wird vom ange- |

| | mit "M", | botenen Impf- |

| | gekennzeichnet | stoff erfüllt |

| Konservierungsmittelfreier Impfstoff | M | ja o nein o |

| Mindesthaltbarkeit 6 Monate | M | ja o nein o |

| ab Lieferung | Monate |

| Lieferzeit innerhalb von 3 Werktagen | M | ja o nein o |

| nach Einlagen der Anforderung | Tage |

| beim Auftragnehmer | |

Preis je Fertigspritze inklusive Lieferung frei Haus und

Honorierung der Lieferapotheke.

EUR.....

(exklusive Mehrwertsteuer)

Bei Zahlung innerhalb von 30 Tagen nach Rechnungserhalt werden

..... % Skonto gewährt.

Alle angeführten Bedingungen sind integrierender Bestandteil des Angebots und werden vom Bieter vollinhaltlich und
vorbehaltlos anerkannt."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Ausschreibung legt keine Mindestschutzdauer fest. Die Zulassung als Impfstoff genügt als Mindestanforderung. Die Angabe der Schutzdauer im Leistungsverzeichnis diene lediglich der Information der Auftraggeberin. (Aussage von Herrn C***, bevollmächtigter Vertreter der Auftraggeberin, in der mündlichen Verhandlung)

Vier Unternehmer bezogen die Ausschreibungsunterlagen. Am 7. Februar 2007 fand von 11.00 Uhr bis 11.15 Uhr die Angebotsöffnung in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin statt. Ein Bewerber legte ein Absageschreiben vor. Die Antragstellerin und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin legten Angebote und waren bei der Angebotsöffnung vertreten. Die Antragstellerin bot zwei Impfstoffe in Angeboten "A" und "B" zu Stückpreisen von Euro 2,14 und Euro 2,30 an. In einem Vermerk merkte sie an: "Bitte um Beachtung:

2 Impfstoffe angeboten 'A' und 'B' Danke A***". Der unter "A" angebotene Impfstoff hat eine Schutzdauer von 10 Jahren, der unter "B" angebotene eine von 5-10 Jahren. Es sollten zwei verschiedene Impfstoffe nebeneinander angeboten werden. Die Auftraggeberin sollte nach der Schutzdauer einen auswählen können. Der Impfstoff mit einer Schutzdauer von 10 Jahren ist der billigere. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin bot ein Produkt mit einem Stückpreis von Euro 2,19 an. Mit Schreiben vom 7. Februar 2007 forderte die Auftraggeberin von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin verschiedene Unterlagen zum Nachweis der Eignung nach, die diese mit Schreiben vom 19. Februar 2007 vorlegte. In der Niederschrift über die Angebotsprüfung vom 15. März 2007 ist zum Angebot der Antragstellerin festgehalten:

"Gemäß Punkt 30 der allgemeinen Bedingungen der Ausschreibung sind Abänderungen und/oder Ergänzungen des Ausschreibungstextes sowie Abänderungsangebote unzulässig. Die Firma A*** hat 2 Impfstoffe in einem Angebot unter A und B offeriert (Handvermerke). Das Angebot der Firma A*** ist daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 wegen Unzulässigkeit auszuschneiden." Mit E-Mail vom 29. März 2007 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin folgendes mit: "Auf Grund des Ergebnisses der Prüfung mussten Ihre nachfolgend aufgeführten Angebote über Diphtherie-Tetanus-Impfstoff gemäß Bundesvergabegesetz ausgeschieden werden: Hauptangebot § 129.1.7 Begründung: §129.1.7 Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind." Mit Telefax vom 30. März 2007 teilte die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern mit. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Aussage von A*** in der mündlichen Verhandlung)"Gemäß Punkt 30 der allgemeinen Bedingungen der Ausschreibung sind Abänderungen und/oder Ergänzungen des Ausschreibungstextes sowie Abänderungsangebote unzulässig. Die Firma A*** hat 2 Impfstoffe in einem Angebot unter A und B offeriert (Handvermerke). Das Angebot der Firma A*** ist daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, wegen Unzulässigkeit auszuschneiden." Mit E-Mail vom 29. März 2007 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin folgendes mit: "Auf Grund des Ergebnisses der Prüfung mussten Ihre nachfolgend aufgeführten Angebote über Diphtherie-Tetanus-Impfstoff gemäß Bundesvergabegesetz ausgeschieden werden: Hauptangebot Paragraph 129 Punkt eins Punkt 7, Begründung: §129.1.7 Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind." Mit Telefax vom 30. März 2007 teilte die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern mit. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Aussage von A*** in der mündlichen Verhandlung)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 3.200 an Pauschalgebühren. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes)

Am 19. April 2007 erließ das Bundesvergabeamt eine einstweilige Verfügung und untersagte der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin)

Dieser Sachverhalt ergibt schlüssig sich aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann, schließlich der gegenständliche Verfahrensakt. Die zitierten Aussagen aus der mündlichen Verhandlung

sind glaubwürdig und blieben unwidersprochen. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die Auftraggeberin ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen. Sie ist als Selbstverwaltungskörperschaft voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher Auftraggeberin nach § 3 Abs 1 Z 2 BVergG, die nach Art 14b Abs 2 Z 1 lit. d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach § 291 Abs 2 BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt. Die Auftraggeberin ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen. Sie ist als Selbstverwaltungskörperschaft voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher Auftraggeberin nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, die nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach Paragraph 291, Absatz 2, BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt.

Der Auftrag ist ein Lieferauftrag. Er wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Der Auftragnehmer verzichtet auf sein Kündigungsrecht für die Dauer von drei Jahren. Die Vertragsdauer beträgt daher voraussichtlich mindestens drei Jahre. Der geschätzte Auftragswert ist mit 34.500 Stück Einwegspritzen pro Jahr à Euro 2,20, somit pro Jahr mit Euro 75.900 angegeben. Die Auftraggeberin legte ihrer Schätzung eine Vertragsdauer von drei Jahren zugrunde, woraus sich ein geschätzter Auftragswert von Euro 227.700 ergibt. § 15 Abs 1 Z 3 BVergG ordnet an, dass bei unbefristeten Aufträgen das 48fache des voraussichtlich zu leistenden Monatsentgelts anzusetzen ist. Dies entspricht dem Entgelt für vier Jahre. Auch wenn die Entlohnung für die gegenständlichen Leistungen nicht in pauschalierten Monatsentgelten sondern in einer Abrechnung nach gelieferten Stück erfolgt, so ergibt sich doch daraus, dass bei unbefristeten Verträgen wie dem verfahrensgegenständlichen das Entgelt für vier Jahre bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes heranzuziehen ist. Da der maßgebliche Schwellenwert nach § 12 Abs 1 Z 2 BVergG idF BGBl II 193/2006 Euro 211.000 beträgt, macht diese Differenz im Ergebnis keinen Unterschied. Das Vergabeverfahren findet jedenfalls im Oberschwellenbereich statt. Der Auftrag ist ein Lieferauftrag. Er wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Der Auftragnehmer verzichtet auf sein Kündigungsrecht für die Dauer von drei Jahren. Die Vertragsdauer beträgt daher voraussichtlich mindestens drei Jahre. Der geschätzte Auftragswert ist mit 34.500 Stück Einwegspritzen pro Jahr à Euro 2,20, somit pro Jahr mit Euro 75.900 angegeben. Die Auftraggeberin legte ihrer Schätzung eine Vertragsdauer von drei Jahren zugrunde, woraus sich ein geschätzter Auftragswert von Euro 227.700 ergibt. Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG ordnet an, dass bei unbefristeten Aufträgen das 48fache des voraussichtlich zu leistenden Monatsentgelts anzusetzen ist. Dies entspricht dem Entgelt für vier Jahre. Auch wenn die Entlohnung für die gegenständlichen Leistungen nicht in pauschalierten Monatsentgelten sondern in einer Abrechnung nach gelieferten Stück erfolgt, so ergibt sich doch daraus, dass bei unbefristeten Verträgen wie dem verfahrensgegenständlichen das Entgelt für vier Jahre bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes heranzuziehen ist. Da der maßgebliche Schwellenwert nach Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, 193 aus 2006, Euro 211.000 beträgt, macht diese Differenz im Ergebnis keinen Unterschied. Das Vergabeverfahren findet jedenfalls im Oberschwellenbereich statt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber

hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Der Antrag enthält die nach § 322 Abs 1 BVergG nötigen Angaben. Ein Unzulässigkeitsgrund nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Der Antrag enthält die nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG nötigen Angaben. Ein Unzulässigkeitsgrund nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

3.2 Inhaltliche Beurteilung

Nach § 19 Abs 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Nach § 2 Z 1 BVergG ist ein Abänderungsangebot ein Angebot eines Bieters, das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht. Nach Paragraph 2, Ziffer eins, BVergG ist ein Abänderungsangebot ein Angebot eines Bieters, das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht.

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

Nach § 2 Z 3 BVergG ist ein Angebot die Erklärung eines Bieters, eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter Einhaltung festgelegter Bedingungen erbringen zu wollen. Nach Paragraph 2, Ziffer 3, BVergG ist ein Angebot die Erklärung eines Bieters, eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter Einhaltung festgelegter Bedingungen erbringen zu wollen.

Nach § 106 Abs 1 BVergG hat sich der Bieter bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Nach Abs 2 dieser Bestimmung ist das Angebot, sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich anderes festgelegt wird, mit sämtlichen dazugehörenden Unterlagen (zB Prüfsertifikate) in deutscher Sprache und in Euro zu erstellen. Nach Abs 8 dieser Bestimmung kann der Bieter während der Angebotsfrist durch eine zusätzliche, rechtsgültig unterfertigte Erklärung sein Angebot ändern, ergänzen oder von demselben zurücktreten. Ergibt sich bei der Angebotsänderung oder -ergänzung ein neuer Gesamtpreis, ist auch dieser anzugeben. Die Angebotsänderung oder -ergänzung ist nach den für Angebote geltenden Vorschriften dem Auftraggeber zu übermitteln und von diesem wie ein Angebot zu behandeln. Der Rücktritt ist dem Auftraggeber zur Kenntnis zu bringen. In diesem Fall kann der Bieter die sofortige Rückstellung seines ungeöffneten Angebotes verlangen. Nach Paragraph 106, Absatz eins, BVergG hat sich der Bieter bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Nach Absatz 2, dieser Bestimmung ist das Angebot, sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich anderes festgelegt wird, mit sämtlichen dazugehörenden Unterlagen (zB Prüfsertifikate) in deutscher Sprache und in Euro zu erstellen. Nach Absatz 8, dieser

Bestimmung kann der Bieter während der Angebotsfrist durch eine zusätzliche, rechtsgültig unterfertigte Erklärung sein Angebot ändern, ergänzen oder von demselben zurücktreten. Ergibt sich bei der Angebotsänderung oder -ergänzung ein neuer Gesamtpreis, ist auch dieser anzugeben. Die Angebotsänderung oder -ergänzung ist nach den für Angebote geltenden Vorschriften dem Auftraggeber zu übermitteln und von diesem wie ein Angebot zu behandeln. Der Rücktritt ist dem Auftraggeber zur Kenntnis zu bringen. In diesem Fall kann der Bieter die sofortige Rückstellung seines ungeöffneten Angebotes verlangen.

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

Nach § 130 Abs 1 BVergG ist von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Nach Paragraph 130, Absatz eins, BVergG ist von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

Die Antragstellerin legte mit "A" und "B" gekennzeichnete Angebote. Diese unterscheiden sich lediglich durch den angebotenen Impfstoff und den jeweils dafür geforderten Preis. Im Übrigen sind sie gleich. Kein Angebot ist als Alternativangebot oder Abänderungsangebot gekennzeichnet. Auch der begleitend beigefügte Vermerk und die Kennzeichnung als Angebote "A" und "B" weisen darauf hin, dass die Antragstellerin offenbar alternativ zwei unterschiedliche Impfstoffe anbieten wollte. Diese Ansicht bestätigte die Aussage von A*** in der mündlichen Verhandlung. Der Auftraggeberin sollte die Wahl zwischen den beiden Impfstoffen anhand der jeweils unterschiedlichen Schutzdauer überlassen bleiben. Daraus ergibt sich, dass die Antragstellerin zwei gleichrangig anzusehende Angebote legen wollte.

Die Punkte 1, 6, 7, 10, 20 und 26 der "Allgemeinen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen sprechen von einem Angebot des Bieters. Damit bringt die Auftraggeberin zum Ausdruck, dass sie nur ein eindeutiges Angebot eines Bieters erwartete. Aus § 106 Abs 1, 2 und 8 BVergG, der allgemeinen Bestimmung über die Angebotslegung, ergibt sich, dass ein Bieter im offenen und nichtoffenen Verfahren nur ein Angebot legen soll, da diese Bestimmung "das" Angebot in Abs 1 und 2 sowie "sein" Angebot in Abs 8 nennt. Wo in § 106 von Angeboten gesprochen wird, bezieht sich das immer auf Alternativ- oder Abänderungsangebote, die in der Regel neben dem Hauptangebot zu legen und als solche zu kennzeichnen sind. Daraus ergibt sich dass in offenen und nichtoffenen Verfahren ein Bieter nur mit Alternativ- oder Abänderungsangeboten mehrere Angebote legen kann. Die Punkte 1, 6, 7, 10, 20 und 26 der "Allgemeinen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen sprechen von einem Angebot des Bieters. Damit bringt die Auftraggeberin zum Ausdruck, dass sie nur ein eindeutiges Angebot eines Bieters erwartete. Aus Paragraph 106, Absatz eins, 2 und 8 BVergG, der allgemeinen Bestimmung über die Angebotslegung, ergibt sich, dass ein Bieter im offenen und nichtoffenen Verfahren nur ein Angebot legen soll, da diese Bestimmung "das" Angebot in Absatz eins und 2 sowie "sein" Angebot in Absatz 8, nennt. Wo in Paragraph 106, von Angeboten gesprochen wird, bezieht sich das immer auf Alternativ- oder Abänderungsangebote, die in der Regel neben dem Hauptangebot zu legen und als solche zu kennzeichnen sind. Daraus ergibt sich dass in offenen und nichtoffenen Verfahren ein Bieter nur mit Alternativ- oder Abänderungsangeboten mehrere Angebote legen kann.

Aus den obigen Gründen ergibt schon eine wörtliche Interpretation der allgemeinen Bestimmungen über Angebote die Unzulässigkeit mehrerer Hauptangebote. Darüber hinaus sprechen auch andere Gründe gegen die Zulässigkeit mehrerer Hauptangebote.

Die deutsche Literatur und Judikatur (VK Nordbayern 23. 8. 1999,

320. VK-3194-15/99; VK Sachsen-Anhalt beim Regierungspräsidium Halle 21. 12. 2000, VK Hal 22/00; Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB10 (2003) § 25 Rn 149) sehen zwei Hauptangebote, die sich nur durch den Preis unterscheiden, als im Widerspruch mit dem Wettbewerbsprinzip stehend. Sie sind auszuscheiden. Im Detail wird ausgeführt: 320. VK-3194-15/99; VK Sachsen-Anhalt beim Regierungspräsidium Halle 21. 12. 2000, VK Hal 22/00; Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB10 (2003) Paragraph 25, Rn 149) sehen zwei Hauptangebote, die sich nur durch den Preis unterscheiden, als im Widerspruch mit dem Wettbewerbsprinzip stehend. Sie sind auszuscheiden. Im Detail wird ausgeführt:

"Bei gewollter Abgabe von zwei Angeboten mit gleichem technischem Inhalt, jedoch unterschiedlichen Preisen muss vermutet werden, dass sich der Bieter davon Wettbewerbsvorteile gegenüber seinen Mitbewerbern verspricht. Je nach Wettbewerbsergebnis kann er versuchen, sein niedrigeres Angebot als (vom AG auszuscheidendes) Angebot oder als noch im Rahmen liegendes (und damit zu wertendes) Angebot darzustellen. Mit anderen Worten: Die beiden Angebote können zu Manipulationsversuchen herangezogen werden. Und gerade das will die VOB/A verhindern, indem sie nicht nur ganz allgemein zu einer Verhinderung 'ungesunde Begleiterscheinungen' anhält (§ 2 Nr. 1), sondern konkret den AG auch verpflichtet, Angebote auszuschließen, bei denen Zweifel an den Eintragungen des Bieters bestehen (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchstabe b. i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3). In § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 ist festgelegt, dass Änderungen eines Bieters an seinen Eintragungen zweifelsfrei sein müssen. Diese Bestimmung ist zwar primär auf 'das Angebot' eines Bieters bezogen. Es erscheint jedoch von der Sache her gerechtfertigt, wenn man diesen Ausschlussstatbestand in sinngemäßer Übertragung auch auf den Fall erstreckt, dass ein Bieter sein Angebot dadurch 'ändert', dass er daneben ein weiteres (zwar inhaltlich gleiches, aber preislich abweichendes) Angebot einreicht. Analog sind deshalb in einem solchen Fall beide Angebote zwingend auszuscheiden (VK beim Regierungspräsidium Halle Vergaberechts-Report 7/2001, 2). Nur so kann sichergestellt werden, dass sich ein Bieter nicht auf Kosten eines ordnungsgemäßen Wettbewerbs und seiner Mitbewerber ungerechtfertigte Vorteile verschafft." (Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB10 (2003) § 25 Rn 149)"Bei gewollter Abgabe von zwei Angeboten mit gleichem technischem Inhalt, jedoch unterschiedlichen Preisen muss vermutet werden, dass sich der Bieter davon Wettbewerbsvorteile gegenüber seinen Mitbewerbern verspricht. Je nach Wettbewerbsergebnis kann er versuchen, sein niedrigeres Angebot als (vom AG auszuscheidendes) Angebot oder als noch im Rahmen liegendes (und damit zu wertendes) Angebot darzustellen. Mit anderen Worten: Die beiden Angebote können zu Manipulationsversuchen herangezogen werden. Und gerade das will die VOB/A verhindern, indem sie nicht nur ganz allgemein zu einer Verhinderung 'ungesunde Begleiterscheinungen' anhält (Paragraph 2, Nr. 1), sondern konkret den AG auch verpflichtet, Angebote auszuschließen, bei denen Zweifel an den Eintragungen des Bieters bestehen (Paragraph 25, Nr. 1 Absatz eins, Buchstabe b. in Verbindung mit Paragraph 21, Nr. 1 Absatz eins, Satz 3). In Paragraph 21, Nr. 1 Absatz eins, Satz 3 ist festgelegt, dass Änderungen eines Bieters an seinen Eintragungen zweifelsfrei sein müssen. Diese Bestimmung ist zwar primär auf 'das Angebot' eines Bieters bezogen. Es erscheint jedoch von der Sache her gerechtfertigt, wenn man diesen Ausschlussstatbestand in sinngemäßer Übertragung auch auf den Fall erstreckt, dass ein Bieter sein Angebot dadurch 'ändert', dass er daneben ein weiteres (zwar inhaltlich gleiches, aber preislich abweichendes) Angebot einreicht. Analog sind deshalb in einem solchen Fall beide Angebote zwingend auszuscheiden (VK beim Regierungspräsidium Halle Vergaberechts-Report 7 aus 2001,, 2). Nur so kann sichergestellt werden, dass sich ein Bieter nicht auf Kosten eines ordnungsgemäßen Wettbewerbs und seiner Mitbewerber ungerechtfertigte Vorteile verschafft." (Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB10 (2003) Paragraph 25, Rn 149)

"Gibt ein Bieter mehrere Hauptangebote ab, muss vermutet werden, dass er sich dadurch ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile gegenüber seinen Mitbewerbern verschaffen will. Dies widerspricht einem ordnungsgemäßen Wettbewerb nach der VOB." (VK Nordbayern 23. 8. 1999, 320.VK-3194-15/99)

"Bei Vorliegen von mehr als einem Hauptangebot eines Bieters kann bei der Wertung nicht zweifelsfrei festgestellt werden, mit welchem Hauptangebot der Bieter am Wettbewerb teilnehmen will. Damit ist unklar, welcher Preis für die Leistungen letztendlich abverlangt wird." (VK Nordbayern 23. 8. 1999, 320.VK-3194-15/99)

In der österreichischen Literatur wird die Legung mehrerer Hauptangebote als unzulässig angesehen. Problematisiert werden das Wettbewerbsprinzip und der Bindungswille. Bei der Legung mehrerer Hauptangebote liege der Verdacht nahe, dass der Bieter versuchen könnte, je nach Ergebnis der Angebotseröffnung sein niedrigeres Angebot entweder ausscheiden zu lassen (z.B. als Unterangebot) oder als zu wertendes Angebot darzustellen (Haunold/Hechtner' Wiener

Landesvergabegesetz (2000), 192). Mehrere Angebote können Manipulationsversuchen dienen (Kropik, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit² (2001), 246). Die Mehrfachbeteiligung eines Bieters durch Legung mehrerer Hauptangebote erfüllt den Tatbestand der für den Auftraggeber nachteiligen, gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßenden Abreden (Heid/Schiefer, Rechtsprechungsübersicht Bundesvergabeamt, *ecolex* 2002, 70; Heid/Hauck/K. Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts [2002]), 213f).

In der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes wird ebenfalls von der Unzulässigkeit der - durch die Ausschreibung untersagten - Legung mehrerer Hauptangebote ausgegangen (BVA 30.9.2002, 01N-41/02-27, ZVB 2002/123 [Latzenhofer]). Der "organisierte Parallelwettbewerb" erscheint durch das Einreichen mehrerer sich ausschließlich durch den Preis unterscheidender Hauptangebote eines einzelnen Bieters gefährdet. Weiters ist zweifelhaft, mit welchem Hauptangebot und welchem Angebotspreis sich der Bieter am Vergabeverfahren beteiligen will, was die gesamte Angebotstellung unklar erscheinen lässt (BVA 24. 11. 2004, 6N-92/04-39). Eine Aufklärung dieser Unklarheit im Sinne einer Mängelbehebung ist ausgeschlossen, da dies unmittelbare Auswirkungen auf die Wettbewerbsposition hätte

(VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186, RPA 2004/92 [Latzenhofer] = ZVB

2004, 189 [Gruber] = RdW 2004/317, 345 [Öhler]; BVA 5.7.2005,

17N-54/05-47 mwN). Im Ergebnis liefe dies - insbesondere in einem offenen Verfahren im Stadium nach Angebotsöffnung, in dem sich die Bieter in Kenntnis der Preise und anderer für die Auswahl des Angebotes für den Zuschlag relevanter Informationen über die anderen Angebote befinden - auf die Einräumung einer verbotenen Verhandlungsmöglichkeit hinaus. Manipulationen oder ein wettbewerbswidriges Zusammenwirken eines Bieters mit dem Auftraggeber wären nicht auszuschließen.

Das Zuschlagsprinzip der gegenständlichen Ausschreibung ist das Billigstbieterprinzip. Um ein Angebot werten zu können, muss es die qualitativen Mindestanforderungen der Ausschreibung erfüllen. Diese waren die Zulassung des angebotenen Impfstoffes für den österreichischen Markt. Das Billigstbieterprinzip verbietet die Wertung qualitativer Unterschiede bei der Ermittlung des Angebotes für den Zuschlag, was auch Punkt 32 der "Allgemeinen Bestimmungen" der Ausschreibungsunterlagen betont. Für die Berücksichtigung der Unterschiede in der Schutzdauer der Impfstoffe lässt die Ausschreibung somit keinen Raum. Ihre Angabe erfolgte nur zur Information der Auftraggeberin. Beide Angebote genügen den Anforderungen der Ausschreibung, da sie für den österreichischen Markt zugelassen sind. Somit kommt nur das billigere für den Zuschlag in Betracht. Die Auftraggeberin hat auf Grundlage der Ausschreibung keine Wahlmöglichkeit nach qualitativen Kriterien. Die Antragstellerin hat zwei Hauptangebote gelegt, die sich im Hinblick auf das Zuschlagsprinzip nur durch den Preis unterscheiden.

Bei diesen besteht eine Manipulationsmöglichkeit darin, bei entsprechendem Ergebnis der Angebotseröffnung das billigere Angebot zurückzuziehen oder es als den Anforderungen der Ausschreibung nicht genügend darzustellen. Die Antragstellerin wollte sich mit beiden Angeboten an dem Vergabewettbewerb beteiligen und der Auftraggeberin die Wahl überlassen. Insofern ist ihr Bindungswille nicht eindeutig. Da der Auftraggeberin die Wahl des Angebotes für den Zuschlag überlassen werden sollte, bestünde - ohne der Antragstellerin konkret diese Absicht unterstellen zu wollen - die massive Möglichkeit von Absprachen. Schon diese Möglichkeit widerspricht einem ordentlichen und fairen Wettbewerb. Dies allein deshalb, weil das tatsächliche Vorliegen einer Manipulation kaum kontrollierbar wäre. Im Lichte der oben zitierten Judikatur und Literatur ist daher davon auszugehen, dass die Legung zweier Hauptangebote unzulässig ist.

Die in den Schriftsätzen erwähnte Möglichkeit, dass es sich bei einem der beiden Angebote um ein Alternativ- oder Abänderungsangebot handeln könnte, scheidet schon aufgrund der eindeutig formulierten Absicht der Antragstellerin aus, zwei Hauptangebote legen zu wollen. Darüber hinaus sprechen auch formale Gründe dagegen, da die nach § 106 Abs 4 und 5 BVergG erforderliche Kennzeichnung fehlt. Schließlich sprechen auch die Festlegungen der Ausschreibung dagegen. Alternativangebote sind in der Bekanntmachung der Ausschreibung, Abänderungsangebote sind im Punkt 30 der "Allgemeinen Bestimmungen" der Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich ausgeschlossen. Die in den Schriftsätzen erwähnte Möglichkeit, dass es sich bei einem der beiden Angebote um ein Alternativ- oder Abänderungsangebot handeln könnte, scheidet schon aufgrund der eindeutig formulierten Absicht der Antragstellerin aus, zwei Hauptangebote legen zu wollen. Darüber hinaus sprechen auch formale Gründe dagegen, da die nach Paragraph 106,

Absatz 4 und 5 BVergG erforderliche Kennzeichnung fehlt. Schließlich sprechen auch die Festlegungen der Ausschreibung dagegen. Alternativangebote sind in der Bekanntmachung der Ausschreibung, Abänderungsangebote sind im Punkt 30 der "Allgemeinen Bestimmungen" der Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich ausgeschlossen.

Wegen Verstoßes gegen § 106 BVergG und der Schaffung von Manipulationsmöglichkeiten erfolgte das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nach § 127 Abs 1 Z 7 BVergG zu Recht. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist abzuweisen, da die Zuschlagsentscheidung entsprechend § 130 Abs 1 BVergG getroffen wurde. Wegen Verstoßes gegen Paragraph 106, BVergG und der Schaffung von Manipulationsmöglichkeiten erfolgte das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nach Paragraph 127, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zu Recht. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist abzuweisen, da die Zuschlagsentscheidung entsprechend Paragraph 130, Absatz eins, BVergG getroffen wurde.

Dokumentnummer

VERGT_20070514_N_0034_BVA_10_2007_046_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