

TE Verg Bescheid 2005/11/25 13N-108/05-20

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.11.2005

Norm

BVergG 2002 §7 Abs1

BVergG 2002 §3 Abs1 Z1

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §135 Abs2 BVergG 2002 §163 Abs1

BVergG 2002 §166 Abs1

BVergG 2002 §166 Abs2

BVergG 2002 §167 Abs2

B-VG Art 14b Abs2

1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 13, Mag. Thomas Gruber, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Kommunikationsinfrastruktur samt Verkabelung BIG und BIG Services - 97.210/358-NB.W/05" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Neulinggasse 29, 1030 Wien, vertreten durch die Immobilienmanagementgesellschaft des Bundes mbH, beide vertreten durch Rechtsanwalt X*** auf Grund der Anträge der A*** AG vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, sowie der Anträge der B*** AG, vertreten durch RA Z*** wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Der Antrag der A*** AG vom 28. Oktober 2005 gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird gemäß § 162 BVergG 2002, BGBl I Nr. 99/2002 idF BGBl II Nr. 56/2005 (BVergG) zurückgewiesen. Der Antrag der A*** AG vom 28. Oktober 2005 gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird gemäß Paragraph 162, BVergG 2002, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005, (BVergG) zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Dem Antrag der B*** AG vom 3.11.2005 gerichtet auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren wird gemäß § 165 BVergG stattgegeben. Dem Antrag der B*** AG vom 3.11.2005 gerichtet auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren wird gemäß Paragraph 165, BVergG stattgegeben.

BEGRÜNDUNG

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 28. Oktober 2005 stellte die A*** AG Anträge

I. "auf Nichtigkeitserklärung der mit Fax vom 14.10.2005 bekannt gegebenen Entscheidung der Auftraggeberin, der B*** AG, den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung)"; römisch eins. "auf Nichtigkeitserklärung der mit Fax vom 14.10.2005 bekannt gegebenen Entscheidung der Auftraggeberin, der B*** AG, den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung)";

II. "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Auftraggeberin bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens - längstens jedoch für zwei Monate - untersagt wird, den Zuschlag der B*** AG zu erteilen"; römisch zwei. "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Auftraggeberin bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens - längstens jedoch für zwei Monate - untersagt wird, den Zuschlag der B*** AG zu erteilen";

III. "auf Akteneinsicht"; römisch drei. "auf Akteneinsicht";

IV. auf Ersatz der Pauschalgebühr, sodass die Auftraggeberin schuldig ist, "die der Antragstellerin durch das Nachprüfungsverfahren entstandenen Antragsgebühren im gesetzlichen Ausmaß zu Händen ihrer Rechtsvertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen". römisch vier. auf Ersatz der Pauschalgebühr, sodass die Auftraggeberin schuldig ist, "die der Antragstellerin durch das Nachprüfungsverfahren entstandenen Antragsgebühren im gesetzlichen Ausmaß zu Händen ihrer Rechtsvertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen".

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, Beschaffungsziel sei die Erneuerung der Kommunikationsinfrastruktur durch Erneuerung der Telekommunikationsanlagen in verschiedenen Standorten, weiters die Errichtung und die Inbetriebnahme einer strukturierten Verkabelung und die Installation und die Inbetriebnahme aktiver Netzwerkkomponenten. In den Vorbemerkungen zu einer Leistungsposition sei dazu ausgeführt, dass Mauerdurchbrüche oder Schlitze in tragendem, verputztem oder unverputztem Mauerwerk oder Stahlbetonkonstruktionen nur im Einvernehmen mit dem Auftraggeber oder durch diesen hergestellt würden. Im Rahmen der Angebotsprüfung habe die Auftraggeberin die Antragstellerin mit Fax vom 11.10.2005 um die Angabe der Verlustleistung anstatt in kJ/h in Kilowatt ersucht. Die Antragstellerin habe folgendes bekannt gegeben: "Die angegebenen 1,8 kJ/h sind 1,8 MJ/h. Nach der Umrechnung ergibt sich eine Verlustleistung von 0,5 kW".

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die Abgabe ihres umfassenden Angebotes nachgewiesen. Es drohe ihr im gegenwärtigen Verfahrensstadium ein Schaden an frustrierten Aufwendungen in der Höhe von Euro 32.660,- excl. USt. Darüber hinaus entstünde der Antragstellerin im Falle einer rechtswidrigen Zuschlagserteilung ein Schaden durch entgangenen Gewinn von Euro 56.815,- sowie die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung.

Bei der Verlustleistung habe die Auftraggeberin eine unzutreffende Bestbieterermittlung vorgenommen. Die Antragstellerin habe die ursprünglich in kJ/h vorgenommene Angabe der Verlustleistung später korrigiert und in der richtigen Einheit angegeben, die Auftraggeberin habe die Angebotsangabe der Antragstellerin zum Zuschlagskriterium "Verlustleistung" bei der Bestbieterermittlung jedoch nicht berücksichtigt. Die Auftraggeberin sei vielmehr von ihrer Festlegung in Pkt. 3.2.1 (4) der Ausschreibungsunterlagen abgewichen und habe das Angebot der Antragstellerin bei diesem Zuschlagskriterium mit 0 Punkten bewertet. Diese Vorgehensweise bei der Bestbieterermittlung widerspreche dem in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bestbieterermittlungsschema und sei daher unzulässig. Die Antragstellerin hätte beim Zuschlagskriterium "Verlustleistung" vier Punkte erhalten müssen. Die Auftraggeberin habe beim Sub-Zuschlagskriterium "Qualität - Verkabelung" entgegen den Festlegungen in Pkt. 3.2.2.1

(6) der Ausschreibungsunterlagen das "Umsetzungskonzept" der Antragstellerin mit nur 21 Punkten bewertet. Da bei dem Sub-Zuschlagskriterium jedoch nur "eine" technische Beschreibung gefordert worden sei, hätte sie für das "Umsetzungskonzept" jedenfalls die volle Punktezahl von 30 Punkten erhalten müssen. Berücksichtige man diese beiden Punktevergaben bei der auch von der Auftraggeberin ermittelten Gesamtpunktezahl von 144,99, so führe dies

zu einer Gesamtpunktezahl für die Antragstellerin von 157,99 Punkten. Damit hätte die Antragstellerin auch gegenüber der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin einen Punktevorsprung, sodass die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin hätte treffen müssen.

Gemäß Position 09.01 seien im Auftragsfall zum Teil umfangreiche Bauleistungen insbesondere in Form von Mauerdurchbrüchen zu erbringen. Diese Bauleistungen würden tragende, verputzte und unverputzte Mauerwerke sowie teilweise sogar Stahlbetonkonstruktionen betreffen. Daher seien Kenntnisse und Fähigkeiten eines Baumeisters zwingend erforderlich. Dies deshalb, weil diese Bauleistungen ausdrücklich im Zusammenhang mit tragenden Wänden und Stahlbetonkonstruktion zu erbringen seien. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die Gewerbeberechtigung eines Baumeisters, die Auftraggeberin hätte daher das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wegen fehlender vergaberechtlicher Eignung ausscheiden müssen.

Die Auftraggeberin brachte mit Schreiben vom 2. November 2005 im Wesentlichen vor, dass es sich bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren über die Kommunikationsinfrastruktur samt Verkabelung BIG und BIG Services um einen Lieferauftrag handeln würde. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 2,3 Mio. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt, die Art des Vergabeverfahrens sei das offene Verfahren, wobei eine Bekanntgabe in Österreich und in der EU erfolgt sei. Die Angebotsöffnung sei am 16.9.2005 erfolgt und die Zuschlagsentscheidung am 14.10.2005 ergangen. Die Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden.

Mit Schreiben der B*** AG vom 3.11.2005 stellte diese folgende Anträge:

1. 1.)eins,
"das Bundesvergabeamt möge unsere Teilnahme am Nachprüfungsverfahren zulassen, uns zur Verhandlung p.A. unseres Rechtsvertreters zu laden und uns Akteneinsicht zu gewähren."
2. 2.)2,
"das Bundesvergabeamt möge die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung kostenpflichtig abweisen."
3. 3.)3,
"das Bundesvergabeamt möge gemäß § 177 Abs 5 BVergG 2002 der A*** AG den Ersatz der Pauschalgebühr zu Händen unseres Rechtsvertreters binnen 14 Tagen auftragen." "das Bundesvergabeamt möge gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 der A*** AG den Ersatz der Pauschalgebühr zu Händen unseres Rechtsvertreters binnen 14 Tagen auftragen."

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Teilnahmeantragstellerin ein Interesse am Vertragsabschluss habe, was sie durch Legung eines Angebotes bekundet habe. Es entstünde ihr im Falle der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ein Schaden im Sinne eines entgangenen Gewinnes in der Höhe von Euro 56.454,-- exkl.USt. Die Teilnahmeantragstellerin bestreite zwar nicht, dass sie über keine Baumeister-Gewerbeberechtigung verfüge. Eine solche sei für die Durchführung des gegenständlichen Auftrages aber weder gefordert noch erforderlich. Es liege eine korrekte Bestbieterermittlung vor. Im Falle einer Änderung bei der Punkteermittlung würde die Teilnahmeantragstellerin nach wie vor vor der A*** AG liegen.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 4.11.2005, GZ: 13N-108/05-5, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages an die B*** AG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 28.11.2005, untersagt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 7.11.2005 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin ungeachtet der klaren Vorgaben der Auftraggeberin in der Beilage ./9 "Angaben im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien" in der Zeile Verlustleistung anstatt in Kilowatt eine für die Angabe einer Verlustleistung unübliche Einheit nämlich kJ/h angegeben habe. Rechne man den angegebenen Wert von 1,8 kJ/h um, so ergebe sich ein Betrag von 0,5 Watt. Nach heutigem Stand der Technik sei eine Telefonanlage konkret im Sinne von LV-Position 51.1001A, mit einem derartigen Wert nicht realisierbar. Als Reaktion auf das Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin habe die Antragstellerin eine Änderung des von der Antragstellerin ursprünglich angegeben Wertes von 1,8 kJ/h um den Faktor 1000 auf 1,8 MJ/h bekannt gegeben und erst auf Basis der Änderung die geforderte Umrechnung vorgenommen. Es sei davon auszugehen, dass im Bezug auf die Angabe der Verlustleistung mit 1,8 kJ/h ein fehlerhaftes Angebot vorliege, da eine Verlustleistung von 0,5 Watt technisch unmöglich sei. Es liege eine nachträgliche und damit unzulässige Änderung in der Angabe der Verlustleistung vor. Eine nachträgliche Änderung in der Position Verlustleistung habe auch Einfluss auf die Bestbieterermittlung. Durch die Zulassung der Bekanntgabe einer nachträglichen Änderung hätte die

Antragstellerin einen materiellen Wettbewerbsvorteil, in dem nachträglich und zu einem Zeitpunkt, in dem die Werte der anderen Bieter im Bezug auf die Verlustleistung bekannt waren, die Positionierung des Angebotes gesteuert werden könne.

In einem Telefonat zwischen dem unterfertigendem Senatsvorsitzenden sowie dem Vertreter der Antragstellerin RA C*** vom 9.11.2005 erklärte dieser, dass der von der A*** AG abgegebene Wert der Verlustleistung laut LV-Position 51.1001A von 1,8 kJ/h ein technisch völlig absurder Wert sei.

Mit Schreiben des BVA vom 14.11.2005 wurde die Antragstellerin aufgefordert, zusätzlich zu den bereits entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.200,- einen Betrag von Euro 1.800,- an das BVA zu entrichten. Mit Schreiben des BVA vom 14.11.2005 wurde die Teilnahmeantragstellerin aufgefordert, zusätzlich zu der bereits entrichteten Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 800,- einen Betrag von Euro 450,- an das BVA zu entrichten. Begründet wurden diese Aufträge im Wesentlichen damit, dass es sich bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren um einen Bau- und nicht um einen Lieferauftrag handelt.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 16.11.2005 brachte die Antragstellerin - soweit hier entscheidungsrelevant - vor, dass nach der Rechtssprechung des VwGH vom 25.2.2004, 2003/04/0186, im vorliegenden Fall jedenfalls von einem behebbaren Angebotsmangel auszugehen sei. Entscheidend nach diesem Leiterkenntnis des VwGH für die Annahme eines behebbaren oder unbehebbaren Angebotsmangels sei, ob durch eine allfällige Mängelbehebung die Wettbewerbsposition eines Bieters "materiell verbessert" würde. Im vorliegenden Fall habe die Antragstellerin durch ihre Aufklärung mit Fax vom 11.10.2005 ihre Wettbewerbsposition im Hinblick auf die "Verlustleistung" in keiner Weise materiell "verbessert". Die Auftraggeberin führe nämlich im Punkt II.1 ihrer Stellungnahme vom 7.11.2005 selbst aus, dass die von der Antragstellerin in Beilage ./9 ihres Angebotes angegebene "Verlustleistung" von 1,8 kJ/h völlig unbestritten "technisch unmöglich" sei. Es liege damit ein ganz offensichtlicher Angebotsmangel vor, dessen Berichtigung zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung führe: Die Antragstellerin hätte nämlich in ihrem Angebot eindeutig spezifiziert, welche Telekommunikationsanlage angeboten und im Auftragsfall verbindlich geliefert werde. Diese technischen Spezifikationen im Angebot würden sich auf die Telekommunikationsanlage der Antragstellerin "HiPath 4000" beziehen. Damit sei festzuhalten, dass sich bereits aus dem Angebot selbst die exakte Höhe der "Verlustleistung" aus technischer Sicht ergebe. Die Auftraggeberin hätte daher bereits im Rahmen einer fundierten technischen Angebotsprüfung zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die von der Antragstellerin angebotene Telekommunikationsanlage eine "Verlustleistung" von 0,5 kW habe. Diese aus technischer Sicht zwingende "Verlustleistung" der von der Antragstellerin verbindlich angebotenen Telekommunikationsanlage werde letztlich durch die Antragstellerin mit Fax vom 11.10.2005 ausdrücklich bestätigt. Somit liege keine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung vor. Vielmehr habe die Antragstellerin mit Fax vom 11.10.2005 nur ihre irrtümliche Angabe in Beilage ./9 zur "Verlustleistung", die sich aus den technischen Spezifikationen in ihrem Angebot zwingend ergebe, richtig gestellt. Darüber hinaus sei festzuhalten, dass die konkrete "Verlustleistung" der verbindlich angebotenen Telekommunikationsanlage sich technisch exakt feststellen lasse. Aus dem beigelegtem Auszug aus dem standardisierten Konfigurationstool des Stammhauses der Antragstellerin (Beilage ./H) ergebe sich die exakte und unwiderlegbare inhaltliche Spezifikation der angebotenen Telekommunikationsanlage "HiPath 4000". Die Anlage HiPath 4000 habe eine Verlustleistung von

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 16.11.2005 brachte die Antragstellerin - soweit hier entscheidungsrelevant - vor, dass nach der Rechtssprechung des VwGH vom 25.2.2004, 2003/04/0186, im vorliegenden Fall jedenfalls von einem behebbaren Angebotsmangel auszugehen sei. Entscheidend nach diesem Leiterkenntnis des VwGH für die Annahme eines behebbaren oder unbehebbaren Angebotsmangels sei, ob durch eine allfällige Mängelbehebung die Wettbewerbsposition eines Bieters "materiell verbessert" würde. Im vorliegenden Fall habe die Antragstellerin durch ihre Aufklärung mit Fax vom 11.10.2005 ihre Wettbewerbsposition im Hinblick auf die "Verlustleistung" in keiner Weise materiell "verbessert". Die Auftraggeberin führe nämlich im Punkt römisch zwei.1 ihrer Stellungnahme vom 7.11.2005 selbst aus, dass die von der Antragstellerin in Beilage ./9 ihres Angebotes angegebene "Verlustleistung" von 1,8 kJ/h völlig unbestritten "technisch unmöglich" sei. Es liege damit ein ganz offensichtlicher Angebotsmangel vor, dessen Berichtigung zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung führe: Die Antragstellerin hätte nämlich in ihrem Angebot eindeutig spezifiziert, welche Telekommunikationsanlage angeboten und im Auftragsfall verbindlich geliefert werde. Diese technischen Spezifikationen im Angebot würden sich auf die Telekommunikationsanlage der Antragstellerin "HiPath 4000" beziehen. Damit sei festzuhalten, dass sich bereits aus dem Angebot selbst die exakte Höhe der "Verlustleistung" aus technischer Sicht ergebe. Die Auftraggeberin hätte daher bereits im Rahmen einer fundierten technischen

Angebotsprüfung zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die von der Antragstellerin angebotene Telekommunikationsanlage eine "Verlustleistung" von 0,5 kW habe. Diese aus technischer Sicht zwingende "Verlustleistung" der von der Antragstellerin verbindlich angebotenen Telekommunikationsanlage werde letztlich durch die Antragstellerin mit Fax vom 11.10.2005 ausdrücklich bestätigt. Somit liege keine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung vor. Vielmehr habe die Antragstellerin mit Fax vom 11.10.2005 nur ihre irrtümliche Angabe in Beilage ./9 zur "Verlustleistung", die sich aus den technischen Spezifikationen in ihrem Angebot zwingend ergebe, richtig gestellt. Darüber hinaus sei festzuhalten, dass die konkrete "Verlustleistung" der verbindlich angebotenen Telekommunikationsanlage sich technisch exakt feststellen lasse. Aus dem beigelegtem Auszug aus dem standardisierten Konfigurationstool des Stammhauses der Antragstellerin (Beilage ./H) ergebe sich die exakte und unwiderlegbare inhaltliche Spezifikation der angebotenen Telekommunikationsanlage "HiPath 4000". Die Anlage HiPath 4000 habe eine Verlustleistung von 1.775 kJ/h. Diese entspreche einer Verlustleistung von 0,5 kW. Damit werde technisch präzise nachgewiesen, dass die bereits im Angebot spezifizierte Telekommunikationsanlage eine Verlustleistung von 0,5 kW habe. Hätte die Auftraggeberin bei der technischen Angebotsprüfung Zweifel an der Richtigkeit der mit Fax vom 11.10.2005 richtig gestellten "Verlustleistung" gehabt, hätte diese die Antragstellerin um Nachreichung eines entsprechenden technischen Nachweises auffordern müssen.

Mit Schreiben der Teilnahmeantragstellerin vom 17.11.2005 brachte diese - soweit entscheidungsrelevant - vor, dass es sich bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren um einen Lieferauftrag handle. Die nachträgliche Abänderung des Wertes "Verlustleistung" sei unzulässig. Der Umstand, dass die Auftraggeberin der Antragstellerin die Möglichkeit zur Nachreichung eingeräumt habe, ändere nichts an dem Umstand, dass die fehlende bzw. unrichtige Angabe zur Verlustleistung ein unbehebbarer Mangel sei. Das Angebot der Antragstellerin wäre deswegen auszuschneiden gewesen. Als auszuschneidender Bieter fehle es der Antragstellerin an der erforderlichen Antragslegitimation.

Die Teilnahmeantragstellerin stellte die Anträge

1. 1.Ziffer eins
die noch offenen Anträge der Antragstellerin mangels Antragslegitimation zurückzuweisen
2. 2.Ziffer 2
festzustellen, dass für den gegenständlichen Teilnahmeantrag eine Gebühr von Euro 800,- anfällt und die von uns zu viel entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 450,- zurück zu überweisen; in eventu der Antragstellerin auch dieser Euro 450,- aufzutragen; sohin den Ersatz von Euro 1.250,- aufzutragen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 17.11.2005 brachte diese - soweit entscheidungsrelevant - vor, dass die fehlende Antragslegitimation der Antragstellerin ausdrücklich bestritten werde. Dieses Vorbringen ist später in der mündlichen Verhandlung vom 18.11.2005 dahingehend berichtigt worden, dass die Auftraggeberin nicht die fehlende Antragslegitimation bestreite sondern die Antragslegitimation bestreite. Da der Wert von 1,8 kJ/h der Verlustleistung verlesen worden sei, sei eine nachträgliche Änderung nicht möglich. Ein offensichtlicher Angebotsmangel sei deshalb nicht gegeben, weil die Telekommunikationsanlage der Antragstellerin "HiPath 4000" eine Vielzahl von Konfigurationsmöglichkeiten aufweise. Konkret komme es darauf an, welche Einschubkarten bei der angebotenen Anlage Verwendung finden würden, weil dies einen wesentlichen Einfluss auf die Verlustleistung habe. Aus diesem Grund sei nicht annähernd nachvollziehbar, wie die Auftraggeberin aus der angegebenen Verlustleistung von 1,8 kJ/h bei der angebotenen Telekommunikationsanlage der Antragstellerin "HiPath 4000" zwingend auf den Wert von 0,5 kW schließen hätte sollen. Durch die Beilage ./H erhelle, dass erst die konkrete anlagenspezifische Konfiguration, wie sie aus der Beilage H ersichtlich sei, die Höhe der Verlustleistung nachvollziehbar mache. Indem die Antragstellerin die Beilage H nachträglich vorgelegt habe, hätte die Antragstellerin die Möglichkeit gehabt, die Konfiguration dahingehend zu gestalten, dass eine solche gewählt werde, welche zur Verlustleistung von 0,5 kW führe.

Am 18.11.2005 fand im BVA eine mündliche Verhandlung statt. Die Auftraggeberin übergab eine "Erklärung an Eides statt" von Frau D*** vom 11.11.2005, woraus im Wesentlichen hervorgeht, dass bei der Angebotsöffnung am 16.9.2005 aus dem Angebot der Antragstellerin in der Zeile betreffend die Verlustleistung der Anlage laut LV-Position 51.1001A der Wert von "1,8 kJ/h" als 1,8 kJ pro Stunde verlesen worden sei. Sowohl die Antragstellerin als auch die Teilnahmeantragstellerin erklärten, dass diese eidesstattliche Erklärung richtig sei. Die Auftraggeberin brachte vor, dass im Angebot der Antragstellerin auf Seite 186 bei Pkt. 5.2.2 (Standort: E***) eine Verlustleistung von 1,3 kW angegeben sei. Damit sei das Argument der Antragstellerin, es würde hinsichtlich des Standortes E***, ein

offensichtlicher Irrtum mit zwingendem Schluss auf 0,5 kW vorliegen, widerlegt. Dies weil in der Beilage ./9 ein Wert von 1,8 kJ/h angegeben werde und auf der Seite 186 ein Wert von 1,3 kW. Die Antragstellerin führte dazu aus, dass die Angabe in ihrem Angebot in Beilage ./9 von 1,8 kJ/h eine falsche Angabe sei, die auf einem Irrtum beruhe. Dieser Irrtum sei im Zuge der Angebotsprüfung aufgeklärt worden. Die Angabe in ihrem Angebot auf Seite 186 "Pkt. 5.2.2 Standort E***, Verlustleistung 1,3 kW" sei ebenfalls eine falsche Angabe, bei der es sich um einen Ausfüllirrtum handle. Bei diesem Wert von 1,3 kW handle es sich nicht um die Verlustleistung sondern um die Anschlussleistung.

Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens

Die Auftraggeberin hat eine Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren "Kommunikationsinfrastruktur samt Verkabelung BIG und BIG Services - 97.210/358-NB.W/05" sowohl in Österreich als auch in der EU bekannt gemacht. Das Vergabeverfahren wird im Wege eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert ohne USt. beträgt Euro 2,3 Mio. Eine Unterteilung in Lose ist nicht erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin enthält in der Beilage ./9 in der Zeile betreffend die Verlustleistung der Anlage laut LV-Position 51.1001A den Wert 1,8 kJ/h. Dieser Wert ist ein technisch völlig absurder Wert. Dem Angebot der Antragstellerin ist auf der Seite 186 betreffend den Standort E***, zu entnehmen, dass die Verlustleistung dieser Anlage 1,3 kW beträgt.

Die Angebotsöffnung erfolgte am 16. September 2005. Bei der Angebotsöffnung wurden u.a. auch die von den Bietern in der "Beilage ./9 Angaben im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien" genannten Werte verlesen. Aus dem Angebot der Antragstellerin wurde insbesondere in der Zeile betreffend die Verlustleistung der Anlage laut LV-Position 51.1001A verlesen: 1,8 kJ/h als 1,8 Kilojoule pro Stunde. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 11. Oktober 2005 wurde der Antragstellerin u.a. folgendes mitgeteilt: "B) ihre Angabe der Verlustleistung auf Seite 226 der Ausschreibung erfolgte in kJ/h. Wir ersuchen die Angabe in Kilowatt bis 13.10.2005/13.30 Uhr nachzureichen."

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 11. Oktober 2005 hat diese das vorgenannte Schreiben u.a. wie folgt beantwortet: "B) die angegebenen 1,8 kJ/h sind 1,8 MJ/h. Nach der Umrechnung ergibt sich eine Verlustleistung von 0,5 kW."

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 14. Oktober 2005 wurde allen Bietern mitgeteilt, dass beabsichtigt ist, der Firma B*** AG den Zuschlag zu erteilen.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Akt des Vergabeverfahrens, den Angaben des Rechtsvertreters der Antragstellerin sowie der eidesstattlichen Erklärung von Frau D*** vom 11.11.2005.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 7 Abs. 1 BVergG. Entsprechend Art 14b Abs 2 B-VG iVm § 135 Abs 2 BVergG ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben.

Bundesimmobiliengesellschaft mbH ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 7, Absatz eins, BVergG. Entsprechend Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in Verbindung mit Paragraph 135, Absatz 2, BVergG ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben.

Auftragsart

Beschaffungsziel dieses Vergabeverfahrens ist - wie den Ausschreibungsunterlagen unter Pkt 1.4. entnommen werden kann - die Erneuerung der Kommunikationsinfrastruktur durch Erneuerung der Telekommunikationsanlagen in verschiedenen Standorten der Auftraggeberin und der vergebenden Stelle. Dies umfasst die Lieferung, Installation und Inbetriebnahme von Telefonen usw.. Da diese Tätigkeit eine solche iSd Anhang I, Untergruppe 503.6 BVergG ("Installation von Antennen, Blitzableitern, Telefonen usw.") ist, handelt es sich bei dem gegenständlichen Auftrag um einen Bauauftrag iSd § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Antragslegitimation der Antragstellerin

Beschaffungsziel dieses Vergabeverfahrens ist - wie den Ausschreibungsunterlagen unter Pkt 1.4. entnommen werden kann - die Erneuerung der Kommunikationsinfrastruktur durch Erneuerung der Telekommunikationsanlagen in verschiedenen Standorten der Auftraggeberin und der vergebenden Stelle. Dies umfasst die Lieferung, Installation und Inbetriebnahme von Telefonen usw.. Da diese Tätigkeit eine solche iSd Anhang römisch eins, Untergruppe 503.6 BVergG ("Installation von Antennen, Blitzableitern, Telefonen usw.") ist, handelt es sich bei dem gegenständlichen Auftrag um einen Bauauftrag iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Antragslegitimation der Antragstellerin

Der Nachprüfungsantrag erfüllt alle Voraussetzungen des § 166 Abs 1 BVergG und es sind die Fälle des § 166 Abs 2 BVergG nicht gegeben. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot auf Seite 226 unter "./9 Angaben im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien" in der Zeile "Verlustleistung der Anlage laut LV-Position 51.1001A (in KW)" den Wert von "1,8 kJ/h" eingesetzt. Dieser Wert bezieht sich auf die Verlustleistung der Anlage im Standort E***, und wurde auch bei

der Angebotsöffnung verlesen. Die Antragstellerin hat weiters in ihrem Angebot auf Seite 186 betreffend den gleichen Standort eine Verlustleistung von 1,3 kW angegeben. Der Nachprüfungsantrag erfüllt alle Voraussetzungen des Paragraph 166, Absatz eins, BVergG und es sind die Fälle des Paragraph 166, Absatz 2, BVergG nicht gegeben. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot auf Seite 226 unter „/9 Angaben im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien“ in der Zeile „Verlustleistung der Anlage laut LV-Position 51.1001A (in kW)“ den Wert von „1,8 kJ/h“ eingesetzt. Dieser Wert bezieht sich auf die Verlustleistung der Anlage im Standort E***, und wurde auch bei der Angebotsöffnung verlesen. Die Antragstellerin hat weiters in ihrem Angebot auf Seite 186 betreffend den gleichen Standort eine Verlustleistung von 1,3 kW angegeben.

Die Auftraggeberin hat die Antragstellerin um schriftliche Aufklärung bezüglich der Umrechnung des angegebenen Wertes von kJ/h in Kilowatt ersucht. Die Antragstellerin hat daraufhin ausgeführt: „die angegebenen 1,8 kJ/h sind 1,8 MJ/h. Nach der Umrechnung ergibt sich eine Verlustleistung von 0,5 kW.“ Erklärend hat die Antragstellerin später ausgeführt, dass der Wert von 1,8 kJ/h ein „technisch völlig absurder Wert“ sei. Beide von der Antragstellerin in ihrem Angebot angegebene Werte der Verlustleistung (1,8 kJ/h und 1,3 kW) seien falsche Angaben gewesen die auf einem Irrtum beruhen würden. Somit hat die Antragstellerin zur Verlustleistung der Anlage im Standort E*** in ihrem Angebot auf Seite 226 den Wert von 1,8 kJ/h das sind umgerechnet 0,5 W, in ihrem Angebot auf Seite 186 den Wert von 1.300 W und nach Aufforderung durch die Auftraggeberin schließlich den Wert von 500 W angegeben. Letzteren gab sie schließlich auch in der mündlichen Verhandlung an.

Unbestritten ist jedenfalls, dass der Wert von 1,8 kJ/h (=0,5 W) auf Seite 226 des Angebotes der Antragstellerin ein „technisch völlig absurder Wert“ und damit ein fehlerhafter Wert ist. Dieser fehlerhafte Wert wurde bei der Angebotsöffnung verlesen. Dies war deshalb geboten, weil der angegebene Wert der Verlustleistung insofern für die Ermittlung des Bestbieters eine wesentliche Rolle spielt, als das Subkriterium Verlustleistung ein Teil des Zuschlagskriteriums Qualität darstellt. Geht man davon aus, dass der von der Antragstellerin nun angegebene Wert der Verlustleistung von 500 W richtig ist, bestehen Mängel des Angebotes der Antragstellerin in dreifacher Hinsicht. Einerseits machte die Antragstellerin bei der Angabe von „1,8 kJ/h“ eine fehlerhafte Angabe da die Höhe des Wertes der Verlustleistung der Anlage offenbar tausendfach höher ist. Andererseits machte die Antragstellerin bei der Angabe der Einheit in der diese Verlustleistung laut den Ausschreibungsbestimmungen anzugeben ist einen Fehler, indem sie diese Verlustleistung in „kJ/h“ und nicht wie vorgeschrieben in „kW“ angab. Ein weiterer Fehler der Antragstellerin besteht bei der Angabe der Verlustleistung von 1,3 kW (Seite 186 des Angebotes) wiederum in der Höhe des angegebenen Wertes. Somit handelt es sich bei dem Angebot der Antragstellerin um ein fehlerhaftes Angebot iSd § 98 Z 8 BVergG. Gemäß § 98 Z 8 BVergG sind fehlerhafte Angebote jedoch nur dann auszuschneiden, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind. Grundsätzlich ist bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln nach der Rechtsprechung des VwGH darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186 = ZVB 2004, 362 (mit Anmerkung von Gunther Gruber)). Der hier vorliegende Fall ist jedoch insofern ein Spezialfall, als der interessierende fehlerhaft angegebene Wert der Verlustleistung von 1,8 kJ/h auch bei der Angebotsöffnung verlesen wurde. Die Judikatur des VwGH geht davon aus, dass es sich in einem solchen Fall grundsätzlich um einen unbehebaren Mangel handelt, weil eine Angebotsöffnung nicht wiederholbar ist und dabei gemachte Fehler nicht sanierungsfähig sind (VwGH 24.9.2003, 2000/04/0106). Unbestritten ist jedenfalls, dass der Wert von 1,8 kJ/h (=0,5 W) auf Seite 226 des Angebotes der Antragstellerin ein „technisch völlig absurder Wert“ und damit ein fehlerhafter Wert ist. Dieser fehlerhafte Wert wurde bei der Angebotsöffnung verlesen. Dies war deshalb geboten, weil der angegebene Wert der Verlustleistung insofern für die Ermittlung des Bestbieters eine wesentliche Rolle spielt, als das Subkriterium Verlustleistung ein Teil des Zuschlagskriteriums Qualität darstellt. Geht man davon aus, dass der von der Antragstellerin nun angegebene Wert der Verlustleistung von 500 W richtig ist, bestehen Mängel des Angebotes der Antragstellerin in dreifacher Hinsicht. Einerseits machte die Antragstellerin bei der Angabe von „1,8 kJ/h“ eine fehlerhafte Angabe da die Höhe des Wertes der Verlustleistung der Anlage offenbar tausendfach höher ist. Andererseits machte die Antragstellerin bei der Angabe der Einheit in der diese Verlustleistung laut den Ausschreibungsbestimmungen anzugeben ist einen Fehler, indem sie diese Verlustleistung in „kJ/h“ und nicht wie vorgeschrieben in „kW“ angab. Ein weiterer Fehler der Antragstellerin besteht bei der Angabe der Verlustleistung von 1,3 kW (Seite 186 des Angebotes) wiederum in der Höhe des angegebenen Wertes. Somit handelt es sich bei dem Angebot der Antragstellerin um ein fehlerhaftes Angebot iSd Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG. Gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG sind fehlerhafte Angebote jedoch nur dann auszuschneiden, wenn die Mängel nicht behoben wurden

oder nicht behebbbar sind. Grundsätzlich ist bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaen Mängeln nach der Rechtsprechung des VwGH darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieteren (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186 = ZVB 2004, 362 (mit Anmerkung von Gunther Gruber)). Der hier vorliegende Fall ist jedoch insofern ein Spezialfall, als der interessierende fehlerhaft angegebene Wert der Verlustleistung von 1,8 kJ/h auch bei der Angebotsöffnung verlesen wurde. Die Judikatur des VwGH geht davon aus, dass es sich in einem solchen Fall grundsätzlich um einen unbehebbaen Mangel handelt, weil eine Angebotsöffnung nicht wiederholbar ist und dabei gemachte Fehler nicht sanierungsfähig sind (VwGH 24.9.2003, 2000/04/0106).

Im Übrigen würde es sich, selbst wenn der genannte Wert der Verlustleistung der Anlage nicht bei der Angebotsöffnung verlesen worden wäre, um einen unbehebbaen Mangel handeln, weil die Antragstellerin es in der Hand hätte, durch gezielte Mängelbehebung ihre Wettbewerbsstellung durch Angabe des für die Zuschlagskriterien maßgeblichen Wertes der Verlustleistung materiell zu verbessern. Ob der dreifache Irrtum der Antragstellerin bezüglich dieses Wertes in dieser Absicht erfolgte oder nicht konnte nicht festgestellt werden. Da somit das Angebot der Antragstellerin mit unbehebbaen Mängeln versehen war, wäre es gem § 98 Z 8 BVergG auszuschneiden gewesen. Im Übrigen würde es sich, selbst wenn der genannte Wert der Verlustleistung der Anlage nicht bei der Angebotsöffnung verlesen worden wäre, um einen unbehebbaen Mangel handeln, weil die Antragstellerin es in der Hand hätte, durch gezielte Mängelbehebung ihre Wettbewerbsstellung durch Angabe des für die Zuschlagskriterien maßgeblichen Wertes der Verlustleistung materiell zu verbessern. Ob der dreifache Irrtum der Antragstellerin bezüglich dieses Wertes in dieser Absicht erfolgte oder nicht konnte nicht festgestellt werden. Da somit das Angebot der Antragstellerin mit unbehebbaen Mängeln versehen war, wäre es gem Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG auszuschneiden gewesen.

§ 163 Abs 1 BVergG lautet: Paragraph 163, Absatz eins B, römisch fünf e, r, g, G, lautet:

Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Nach der Rechtsprechung des VwGH (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050) verfügt ein Bieter nur dann über die erforderliche Antragslegitimation, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dies ist dann nicht der Fall, wenn er zu Recht ausgeschieden wurde oder hätte ausgeschieden werden müssen (vgl dazu auch Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht 491 ff). Da die Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre fehlte ihr die Antragslegitimation, weshalb ihr Antrag gem Spruchpunkt I. zurückzuweisen war. Nach der Rechtsprechung des VwGH (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050) verfügt ein Bieter nur dann über die erforderliche Antragslegitimation, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dies ist dann nicht der Fall, wenn er zu Recht ausgeschieden wurde oder hätte ausgeschieden werden müssen vergleiche dazu auch Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht 491 ff). Da die Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre fehlte ihr die Antragslegitimation, weshalb ihr Antrag gem Spruchpunkt römisch eins. zurückzuweisen war.

Teilnahmeantrag

Der Teilnahmeantrag erfüllt alle Voraussetzungen des § 167 Abs 1 BVergG und es sind die Fälle des § 167 Abs 2 BVergG nicht gegeben. Auch ist die erforderliche Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1.250,- Der Teilnahmeantrag erfüllt alle Voraussetzungen des Paragraph 167, Absatz eins, BVergG und es sind die Fälle des Paragraph 167, Absatz 2, BVergG nicht gegeben. Auch ist die erforderliche Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1.250,- entrichtet worden. Dem Teilnahmeantrag war daher stattzugeben. Ersatz der Pauschalgebühren Über die Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren sowie über die Vorschreibung der Gebühren gemäß dem GebührenG wird gesondert abgesprochen werden.

Dokumentnummer

VERGT_20051125_13N_108_05_20_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