

TE Verg Bescheid 2005/6/17 VKS-1576/05

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.06.2005

Norm

WVRG §2 Abs1 und 4

WVRG §11 Abs2

WVRG §13 Abs1

WVRG §14 Abs1

WVRG §17 Abs1

WVRG §20 Abs2 Z5 litb und d

WVRG §23 Abs5

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2

BVergG 2002 §9 Abs1 Z2

BVergG 2002 §10 Abs2

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitee

BVergG 2002 §26 Abs3 Z3

AVG §59 Abs1

AVG §74 Abs2

1. AVG § 59 heute
2. AVG § 59 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
3. AVG § 59 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
1. AVG § 74 heute
2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bezüglich der Vergabe „Herstellung und Lieferung von Festprellböcken am Bauabschnitt U1/4 Leopoldau“ durch die Wiener Linien GmbH & Co. KG, Erdbergstraße 202, 1031 Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. Ziffer eins
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 20.4.2005 für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.
2. Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 19.5.2005 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. 3.Ziffer 3

Der Antrag, die Antragsgegnerin zum Ersatz der Pauschalgebühren zu verpflichten, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 2 Abs. 1 und 4, 11 Abs. 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 2 Z 5 lit. b und d, 23 Abs. 5 WVRG in Verbindung mit §§ 7 Abs. 1 Z 2, 9 Abs. 1 Z 2, 10 Abs. 2, 20 Z 13 lit. a sublit ee, 26 Abs. 3 Z 3 BVergG 2002 sowie §§ 59 Abs. 1, 74 Abs. 2 AVG.Paragraphen 2, Absatz eins und 4, 11 Absatz 2, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz 2, Ziffer 5, Litera b und d, 23 Absatz 5, WVRG in Verbindung mit Paragraphen 7, Absatz eins, Ziffer 2, 9, Absatz eins, Ziffer 2, 10, Absatz 2, 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, e, e,, 26 Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2002 sowie Paragraphen 59, Absatz eins, 74, Absatz 2, AVG.

Begründung:

Die Wiener Linien GmbH & Co. KG (im Folgen Antragsgegnerin genannt) hat zur Herstellung und Lieferung von Festprellböcken am Bauabschnitt U1/4 „Leopoldau“ ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung geführt. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Da für die gegenständlichen Leistungen auf dem österreichischen Markt nur zwei Unternehmen in Frage kommen, darunter die Antragstellerin, hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 11.2.2005 diese beiden Unternehmen zur Legung eines kostenlosen und unverbindlichen Angebotes aufgefordert. Für die Übermittlung der Angebotsunterlagen wurde die Frist „bis Mitte März 2005“ gesetzt. Sowohl die Antragstellerin als auch das zweite eingeladenen Unternehmen haben rechtzeitig Angebote gelegt.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 26.4.2005, der Antragstellerin zugegangen am 4.5.2005, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Zuschlag dem Unternehmen *** erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 11.5.2005 und damit rechtzeitig (§ 20 Abs. 2 Z 5 lit. d WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 11.5.2005 und damit rechtzeitig (Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer 5, Litera d, WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die Antragstellerin führt darin aus, das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen habe nicht die Lieferung und Herstellung von Prellböcken als solche, sondern lediglich die Anlieferung von entsprechendem Material, welches durch die Antragsgegnerin selbst zusammen- und eingebaut werden sollte, angeboten. Das Angebot der Antragstellerin umfasse hingegen die komplette, wie in der Ausschreibung vorgesehene Herstellung und Lieferung, weshalb ihr als Bestbieter der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre. Das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens würde nicht dem Ausschreibungsinhalt entsprechen und wäre daher auszuschneiden gewesen. Weiters bemängelt die Antragstellerin, dass das Schreiben der Antragsgegnerin vom 11.2.2005 mit der Bitte um Angebotslegung nicht den Erfordernissen einer Ausschreibung entsprechen würde.

In ihrem ergänzenden Schriftsatz vom 30.5.2005 hat die Antragstellerin ausgeführt, tatsächlich liege eine Ungleichbehandlung der Bieter vor bzw. wären nicht vergleichbare Angebote vorgelegen. Die Antragsgegnerin habe mit der Antragstellerin am 14.4.2005 über deren Angebot verhandelt und sie darauf angesprochen, ob es möglich wäre nur Teile von Prellböcken zu liefern. Dies sei damit begründet worden, dass die *** angeboten habe, in einer Kooperation mit der Antragsgegnerin die Prellböcke herzustellen. Dadurch sollte eine Erhöhung der Wertschöpfung bei der Antragsgegnerin erreicht werden. Die Stahlteile der Prellböcke sollten dabei durch die Antragsgegnerin selbst bearbeitet (zugeschnitten, geschweißt usw.) werden. Anschließend sollten die Stahlteile von der *** zu den fertigen Prellböcken zusammengesetzt und an die Antragsgegnerin geliefert werden. Diese sollte sie dann in das Gleisnetz einbauen. Ausdrücklich hat die Antragstellerin bestritten, dass sie die Lieferung von nicht vollständig gefertigten Prellböcken abgelehnt hätte. Sie habe bei der Verhandlung am 14.4.2005 lediglich ihre haftungs- bzw. gewährleistungsrechtlichen Bedenken kundgetan und in einem Schreiben darauf hingewiesen. Auf die geäußerten Bedenken sei seitens der Antragsgegnerin keine Reaktion erfolgt. Im Zuge der weiteren Verhandlungen sei über dieses Thema nicht mehr gesprochen worden. Als Ergebnis der Besprechung habe die Antragstellerin ein neues Angebot gelegt. Im Rahmen der Verhandlung am 14.4.2005 habe die Antragstellerin auch gefragt, ob der Einbau der zu

liefernden Prellböcke durch die Antragstellerin gewünscht werde, was von der Antragsgegnerin abgelehnt worden sei. Tatsächlich seien in der Vergangenheit die Prellböcke im Regelfall von der Antragstellerin komplett angeliefert und von der Antragsgegnerin selbst eingebaut worden. Da der Einbau nicht gewünscht war, hätte die Antragstellerin – wie auch bisher – angeboten, die kompletten Prellböcke zu liefern und den sachgemäßen Einbau durch einen von ihr beizustellenden Techniker zu überwachen.

Nach dem Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, sollen die Prellböcke in Kooperation produziert werden, wobei wesentliche Vorarbeiten, nämlich die Metallbearbeitung durch die Antragsgegnerin vorgenommen werden sollen. Hingegen habe die Antragstellerin die komplette Herstellung und Lieferung ausschreibungskonformer Prellböcke angeboten. Es würden daher zwei gänzlich verschiedene Angebote vorliegen, die in dieser Form nicht vergleichbar wären.

Die Antragstellerin hat den ihr bei Nichtberücksichtigung ihres Angebotes drohenden Schaden an Entgang eines angemessenen Gewinns mit ca. Euro 18.000,-- angegeben.

Die Antragsgegnerin hat in ihrer Stellungnahme vom 20.5.2005 beantragt, die Anträge auf Nichtigerklärung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen. Sie hat im einzelnen ausgeführt, dass insoweit, als im Nachprüfungsantrag der Inhalt zur Aufforderung zur Angebotslegung bemängelt werde, Verfristung eingetreten sei. Der Antragstellerin sei von Anfang an klar gewesen, dass es sich um ein Verhandlungsverfahren handle. Die Antragstellerin sei bis zum gegenständlichen Verfahren in Sachen „Prellböcke“ ein langjähriger Vertragspartner der Antragsgegnerin gewesen. Das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung sei deshalb gewählt worden, um nach alternativen Möglichkeiten und kostengünstigeren Varianten am Markt zu suchen. Da für die Herstellung und Lieferung der Prellböcke nur zwei Unternehmen in Frage gekommen wären, seien diese, nämlich die Antragstellerin und das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen, zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren eingeladen worden. Die Prellböcke des Unternehmens *** würden komplett montiert angeliefert werden, wobei lediglich die Verbindungsschrauben für die Verbindung des Prellbocks mit den Schienen separat geliefert werden. Die getrennte Lieferung des Prellbocks und der Verbindungsschrauben sei für den Einbau des Prellbocks in die Gleisanlagen günstiger als Prellböcke, bei denen die Schrauben am Prellbock befestigt sind. Entgegen der Darstellung der Antragstellerin sei es nicht so, dass die Prellböcke erst durch die Antragsgegnerin, „mit einem Baukastenset vergleichbar“ zusammengebaut werden müssten.

Es seien auch Vertreter der Antragstellerin bei dem Gespräch vom 14.4.2005 gefragt worden, ob für sie eine Lieferung von nicht vollständig gefertigten Prellböcken möglich sei, was jedoch von der Antragstellerin abgelehnt worden wäre, weil die von ihr angebotenen Prellböcke in Osnabrück hergestellt und von der Antragstellerin in Österreich lediglich ausgeliefert werden. Eine Modifikation des Produkts durch die Antragstellerin, die somit lediglich die Funktion eines Händlers ausübt, wäre aus Gewährleistungsgründen nicht möglich. Jedenfalls habe die Antragstellerin kein von ihrem ursprünglichen Angebot wesentlich abweichendes Angebot gelegt.

Im Zuge der langjährigen Geschäftsbeziehung habe die Antragstellerin niemals Prellböcke selbst installiert und dies auch niemals montiert.

Abschließend führte die Antragsgegnerin aus, dass aus ihrer Sicht auf Grund der mit den beiden Bietern geführten Verhandlungen objektiv vergleichbare Angebote vorgelegen wären, mit den Bietern über alle relevanten Punkte gesprochen worden sei und beiden Bietern die gleichen Chancen eingeräumt worden seien, ihre Angebote entsprechend zu modifizieren. Eine Ungleichbehandlung sei nicht gegeben.

In einer weiteren Stellungnahme vom 6.6.2005 hat die Antragsgegnerin ergänzend vorgebracht, dass mit der Antragstellerin über eine teilweise Herstellung des Produkts durch die Antragsgegnerin verhandelt worden sei. Die Antragstellerin habe von der Möglichkeit, die Erbringung der Leistung unter Kooperation mit der Antragsgegnerin anzubieten anders als das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen, keinen Gebrauch gemacht.

Mit Bescheid vom 19.5.2005 hat der Vergabekontrollsenat die beantragte einstweilige Verfügung für die Dauer eines Monats erlassen. Diesbezüglich wird auf den beiden Teilen zugegangenen Bescheid verwiesen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehen Sachverhalt, stellt der Vergabekontrollsenat auf Grund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der Schriftsätze der am

Verfahren Beteiligten, die jeweils der anderen Seite zur Kenntnis gebracht wurden, folgenden weiteren entscheidungserheblichen Sachverhalt fest:

Mit Schreiben vom 11.2.2005 gerichtet an die Antragstellerin und an das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen hat die Antragsgegnerin um Legung von Angeboten zur Herstellung und Lieferung von Festprellböcken am Bauabschnitt U1/4 „Leopoldau“ ersucht. Dieses Schreiben hat folgenden Wortlaut:

„Am U-Bahn Bau Abschnitt U1/4 „Leopoldau“ werden 13 Stk. Festprellböcke mit Jarret - Puffer BCLR 250 in verzinkter Ausführung benötigt. Wir ersuchen für die Herstellung derselben um Legung eines kostenlosen und unverbindlichen Angebotes. Grundsätzlich sind unsere allgemeinen Geschäftsbedingungen (WStW 9313) bei der Preisermittlung zu berücksichtigen. Ihr Angebot senden Sie bitte per Post an die Wiener Linien GmbH & Co. KG.... Auf dem Umschlag ist zu vermerken „Angebot für Herstellung und Lieferung von Festprellböcken für den U-Bahn Bauabschnitt U1/4 „Leopoldau“-Bitte nicht öffnen! Für allfällige Rückfragen stehe ich gerne zur Verfügung. Ich ersuche um Übermittlung der Angebotsunterlagen bis Mitte März 2005. Mit freundlichen Grüßen Ing. Polster“.

Der Inhalt dieser Aufforderung zur Legung von Angeboten wurde von der Antragstellerin nicht beeinsprucht.

In der Folge haben beide Unternehmen Angebote für die gesuchte Leistung gelegt. Mit beiden Unternehmen wurden Verhandlungen über die Angebote geführt, mit dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen am 1.4.2005, mit der Antragstellerin (richtig) am 13.4.2005 (das über diese Verhandlung mit der Antragstellerin errichtete Reinschriftprotokoll trägt offenbar irrtümlich das Datum 14.4.2005). Die Niederschrift über das Bietergespräch, datiert mit 14.4.2005, enthält keinen Hinweis darauf, dass mit der Antragstellerin auch über die Herstellung der Prellböcke in Kooperation mit der Auftraggeberin, wie dies mit dem Unternehmen *** geschehen ist, gesprochen wurde. Die Antragstellerin hat jedoch das Vorbringen der Antragsgegnerin, es sei ihr bei diesem Bietergespräch die mit dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen ausgehandelte Variante der Herstellung der Prellböcke in Kooperation mit der Antragsgegnerin eröffnet worden. Dazu führt die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 30.5.2005 aus, dass sie von der Antragsgegnerin gefragt worden sei, ob es ihr möglich wäre, nur Teile von Prellböcken zu liefern. Weiters habe ihr die Antragsgegnerin erklärt, dass „die Stahlteile der Prellböcke.... dabei durch die Antragsgegnerin selbst bearbeitet (zugeschnitten, geschweißt, usw.) werden“ sollten. Diese Stahlteile sollten dann vom Auftragnehmer zu den fertigen Prellböcken zusammengesetzt und wieder an die Antragsgegnerin geliefert werden, die sie in die Gleisnetze einbauen sollte. (Schriftsatz vom 30.5.2005, Seite 2 unten). Ein Hinweis darauf, dass mit der Antragstellerin über diese Varianten gesprochen wurde, ergibt sich auch aus dem in den Vergabeakten erliegenden Schreiben der Antragstellerin vom 15.4.2005, worin sie auf mögliche Haftungsprobleme bei Schadensersatzansprüchen hinweist.

Sowohl die Antragstellerin als auch das Unternehmen *** haben ein Haupt- und ein Alternativangebot gelegt. Das Alternativangebot der Antragstellerin hat lediglich die Lieferung von Prellböcken in nicht isolierter Ausführung beinhaltet, die nach den Vorgaben der Antragsgegnerin im Bauabschnitt U1/4 nicht eingesetzt werden können. Das Alternativangebot der Antragstellerin wurde daher ausgeschieden.

Nach den Ergebnissen der Verhandlungen mit den Bietern und Durchrechnung durch die Antragsgegnerin ergibt sich folgende Reihung der Angebote:

1. 1.Ziffer eins
Alternativangebot des Unternehmens *** (zzgl. des Leistungsanteils der Antragsgegnerin),
2. 2.Ziffer 2
Hauptangebot des Unternehmens *** und
3. 3.Ziffer 3
Hauptangebot der Antragstellerin.

Nach den Ergebnissen der Verhandlungen mit den Bietern umfasst der Leistungsanteil der Wiener Linien GmbH & Co KG, der beim Alternativangebot des Unternehmens *** erbracht werden soll, die Beistellung und Zuschnitte aller Prellbockbleche, den Kauf und die Beistellung der Puffereinrichtung, den Transport der Teile zum Unternehmen *** und nach Fertigstellung vom Unternehmen *** zur Einbaustelle. In jedem Fall soll der Einbau der Prellböcke durch die Antragsgegnerin erfolgen. Die Antragsgegnerin hat die von ihr bei Ausführung des Alternativangebotes des Unternehmens *** zu erbringenden Leistungen bewertet und zum Angebotspreis der Alternative des Unternehmens *** hinzugerechnet.

Diese Feststellungen gründen sich vor allem auf die von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurde sowie auf das Vorbringen der Parteien.

Ausgehend von diesem Sachverhalt hat der Vergabekontrollsenat in seiner rechtlichen Beurteilung erwogen:

Die Wiener Linien GmbH & Co. KG ist ein zu 100% im Eigentum der Gemeinde (bzw. des Landes) Wien stehendes Unternehmen, das auch von der Gemeinde (bzw. dem Land) beherrscht wird und damit öffentlicher Auftraggeber, der gegenständlich im Sektorenbereich im Sinne des § 120 Abs. 3 Z 3 BVergG 2002 tätig wurde, ist. Die Antragsgegnerin hat im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung die Herstellung und Lieferung von insgesamt 13 Stück Festprellböcken im Zuge des Ausbaus der U-Bahn Bauabschnitt U1/4 „Leopoldau“ geführt. Es handelt sich um eine Vergabe im Unterschwellenbereich, wobei der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Die Wiener Linien GmbH & Co. KG ist ein zu 100% im Eigentum der Gemeinde (bzw. des Landes) Wien stehendes Unternehmen, das auch von der Gemeinde (bzw. dem Land) beherrscht wird und damit öffentlicher Auftraggeber, der gegenständlich im Sektorenbereich im Sinne des Paragraph 120, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2002 tätig wurde, ist. Die Antragsgegnerin hat im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung die Herstellung und Lieferung von insgesamt 13 Stück Festprellböcken im Zuge des Ausbaus der U-Bahn Bauabschnitt U1/4 „Leopoldau“ geführt. Es handelt sich um eine Vergabe im Unterschwellenbereich, wobei der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 11 Abs. 2, 13 Abs. 1 WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2002 unterliegenden Vertrages behauptet, 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. Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt, was letztlich auch von der Antragsgegnerin nicht bestritten wurde. Der Antrag entspricht auch sonst den Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 WVRG. Die Antragstellerin hat auch nachgewiesen, dass sie die gemäß § 14 Abs. 1 WVRG erforderliche Verständigung der Antragsgegnerin rechtzeitig und vollständig vorgenommen hat. Insofern ist die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 4.5.2005 erfolgte, ist der am 11.5.2005 eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung rechtzeitig im Sinne des § 20 Abs. 2 Z 5 lit. d WVRG. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit ee BVergG 2002. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2, 13, Absatz eins, WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2002 unterliegenden Vertrages behauptet, 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. Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt, was letztlich auch von der Antragsgegnerin nicht bestritten wurde. Der Antrag entspricht auch sonst den Voraussetzungen des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG. Die Antragstellerin hat auch nachgewiesen, dass sie die gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG erforderliche Verständigung der Antragsgegnerin rechtzeitig und vollständig vorgenommen hat. Insofern ist die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 4.5.2005 erfolgte, ist der am 11.5.2005 eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung rechtzeitig im Sinne des Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer 5, Litera d, WVRG. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2002.

Der Antrag erweist sich jedoch im Ergebnis als nicht berechtigt.

Soweit die Antragstellerin den Inhalt des Einladungsschreibens der Antragsgegnerin vom 11.2.2005 zur Legung eines Angebotes bemängelt, erfolgt dies verspätet. Gemäß § 20 Z 13 lit. a sublit ee BVergG 2002 handelt es sich bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Gemäß § 20 Abs. 2 Z 5 lit. d WVRG ist ein Antrag auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen hinsichtlich der Aufforderung zur Angebotsabgabe innerhalb von zehn Tagen nach Zugang der Aufforderung zu stellen. Erstmalig hat die Antragstellerin in dem am 11.5.2005 eingelangten Nachprüfungsantrag Angaben in der Einladung zur Angebotslegung als unklar und missverständlich gerügt, die mangelnde Angabe eines Stichtages ebenso bemängelt, wie die Formulierung, dass Angebote „kostenlos und unverbindlich“ zu legen wären. Da die Antragstellerin die von ihr

behaupteten Mängel in der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht rechtzeitig gerügt hat, erweist sich der Antrag diesbezüglich als verfristet. Bei den Anfechtungsfristen handelt es sich nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung um Präklusions- bzw. Ausschlussfristen. Allfällige Mängel, womit mangels Differenzierung nicht nur grundlegende Ausschreibungsmängel (Wurzelmängel) sondern auch „fundamentale Rechtswidrigkeiten“ erfasst sind, „die das gesamte Verfahren (das heißt alle gesondert anfechtbaren Entscheidungen) mit Gemeinschaftswidrigkeit belasten“ die nicht innerhalb dieser Fristen angefochten werden, werden daher – was grundsätzlich den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entspricht – unanfechtbar und sind daher als geheilt anzusehen (Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², Seite 583f). Soweit die Antragstellerin den Inhalt des Einladungsschreibens der Antragsgegnerin vom 11.2.2005 zur Legung eines Angebotes bemängelt, erfolgt dies verspätet. Gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera e, e, BVergG 2002 handelt es sich bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Gemäß Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer 5, Litera d, WVRG ist ein Antrag auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen hinsichtlich der Aufforderung zur Angebotsabgabe innerhalb von zehn Tagen nach Zugang der Aufforderung zu stellen. Erstmalig hat die Antragstellerin in dem am 11.5.2005 eingelangten Nachprüfungsantrag Angaben in der Einladung zur Angebotslegung als unklar und missverständlich gerügt, die mangelnde Angabe eines Stichtages ebenso bemängelt, wie die Formulierung, dass Angebote „kostenlos und unverbindlich“ zu legen wären. Da die Antragstellerin die von ihr behaupteten Mängel in der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht rechtzeitig gerügt hat, erweist sich der Antrag diesbezüglich als verfristet. Bei den Anfechtungsfristen handelt es sich nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung um Präklusions- bzw. Ausschlussfristen. Allfällige Mängel, womit mangels Differenzierung nicht nur grundlegende Ausschreibungsmängel (Wurzelmängel) sondern auch „fundamentale Rechtswidrigkeiten“ erfasst sind, „die das gesamte Verfahren (das heißt alle gesondert anfechtbaren Entscheidungen) mit Gemeinschaftswidrigkeit belasten“ die nicht innerhalb dieser Fristen angefochten werden, werden daher – was grundsätzlich den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entspricht – unanfechtbar und sind daher als geheilt anzusehen (Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², Seite 583f).

Unrichtig erweist sich das Vorbringen der Antragstellerin darin, dass zunächst nur die „Herstellung“ von Prellböcken ausgeschrieben war und im Laufe des Verfahrens „dies noch um den Begriff Lieferung, somit Herstellung und Lieferung erweitert bzw. konkretisiert“ wurde. Hier übersieht die Antragstellerin, dass bereits in der Aufforderung zur Angebotslegung unter der Bezeichnung „Betrifft“ die Herstellung und Lieferung von Festprellböcken am Bauabschnitt U1/4 „Leopoldau“ ausdrücklich angeführt ist. Im Text dieses Schreibens wird ausdrücklich angeführt, dass auf dem Umschlag des Angebotes zu vermerken ist „Angebot zur Herstellung und Lieferung von Festprellböcken.....“. Es kann daher davon keine Rede sein, dass die Antragsgegnerin im Zuge des Verhandlungsverfahrens den Leistungsumfang geändert hätte.

Die Antragsgegnerin hat auch im Hinblick auf die Wettbewerbssituation zutreffend das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gewählt. Im Unterschied zum offenen und nicht offenen Verfahren verfügt der Auftraggeber beim Verhandlungsverfahren über die Möglichkeit, während des Verhandlungsverfahrens mit den Bietern Verhandlungen über die Auftragsbedingungen, somit über die technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Konditionen des Auftrages zu führen. Das Verhandlungsverfahren kann in vielfältigerweise ausgestaltet werden, weshalb es im Bundesvergabegesetz 2002 kaum einer Regelung unterzogen wird. Es fehlt insbesondere ein strenges Korsett über den Verfahrensablauf. Dennoch sind die Grundsätze des Vergabeverfahrens einzuhalten, vor allem das Gebot der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter. Der Auftraggeber hat für eine transparente Ausgestaltung des Verhandlungsverfahrens zu sorgen, der Verfahrensablauf muss den Teilnehmern bekannt gegeben werden, überdies darf von diesen nicht überraschend und willkürlich abgewichen werden. Schließlich ist den Bewerbern eine gleiche Chance zur Abgabe ihres letzten Angebotes zu geben. Diesen Anforderungen ist die Antragsgegnerin im Rahmen des von ihr geführten Verhandlungsverfahrens nachgekommen. Es kann der Auftraggeberin nicht verwehrt sein, im Rahmen des Verhandlungsverfahrens nach für sie ökonomisch oder technisch günstigeren Lösungen, als sie sie bisher vorgefunden hat, zu suchen. Diese Möglichkeit hat die Auftraggeberin ergriffen, als sie mit dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen dessen Alternativangebot verhandelt hat. Dabei hat sich für sie als wirtschaftlich günstigere Lösung eine Kooperation mit dem Auftragnehmer bei der Herstellung der Prellböcke ergeben, wobei festgelegt wurde, welche Leistungen die Antragsgegnerin dabei erbringen wird. Die Antragsgegnerin hat das Ergebnis dieser Verhandlungen, die sie mit dem Unternehmen *** führte, der Antragstellerin am 13.4.2005 dargelegt, und – wie von dieser in ihrer Stellungnahme auch zugestanden – die im Rahmen der Kooperation vorgesehene Leistungsaufteilung bekannt gegeben. Sie hat die Antragstellerin auch aufgefordert, diese

Möglichkeit einer Kooperation zu prüfen und diesbezüglich ein Angebot zu legen. Diesem Ersuchen ist die Antragstellerin nicht nachgekommen, wobei sie in einem Begleitschreiben zu ihrem abschließenden Angebot nur schadenersatz- und haftungsrechtliche Gründe geltend machte. Die Antragsgegnerin hat auch die von ihr zu erbringenden Leistungen entsprechend (und nach den Vergabeakten schlüssig) bewertet und dem Alternativangebot des für die Zuschlagerteilung in Aussicht genommenen Unternehmens hinzugerechnet. Einziges Zuschlagskriterium war der billigste Preis, sodass durch diese Hinzurechnung eine Vergleichbarkeit gewährleistet war.

Die Antragsgegnerin hat mit beiden Bietern gleichermaßen über alle relevanten Bedingungen des Auftrages verhandelt, sie hat beiden Bietern die gleichen Chancen eingeräumt und beiden Bietern alle erforderlichen Informationen gegeben, damit diese in der Lage waren ein abschließendes Angebot zu erstellen. Die Antragsgegnerin hat aber auch keine Kriterien überraschend oder unverständlich geändert und letztlich ihre Zuschlagsentscheidung schlüssig und nachvollziehbar begründet. Der Vorwurf der Antragstellerin, es läge eine Ungleichbehandlung der Bieter vor, geht damit ins Leere.

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin mit ihrem Hauptangebot, nachdem ihr Alternativangebot zutreffend ausgeschieden wurde, an dritter Stelle zu liegen kommt. Dies bedeutet im Ergebnis, dass sie selbst bei Stattgebung ihres Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mit ihrem Angebot nicht zum Zuge kommen könnte. Selbst wenn man daher ihrem Antrag Folge geben wollte, hätte die Antragstellerin keine echte Chance den Auftrag zu erhalten. Es kann ihr somit im gegenständlichen Verfahren durch die Entscheidung der Antragsgegnerin kein echter Schaden entstehen. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist jedoch, dass dem Bieter durch einen Verstoß gegen Bestimmungen des Vergaberechtes ein echter Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (§ 13 Abs. 1 WVRG). Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen. (vgl. VwGH vom 27.9.2000, GZ. 2000/04/0050). Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin mit ihrem Hauptangebot, nachdem ihr Alternativangebot zutreffend ausgeschieden wurde, an dritter Stelle zu liegen kommt. Dies bedeutet im Ergebnis, dass sie selbst bei Stattgebung ihres Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mit ihrem Angebot nicht zum Zuge kommen könnte. Selbst wenn man daher ihrem Antrag Folge geben wollte, hätte die Antragstellerin keine echte Chance den Auftrag zu erhalten. Es kann ihr somit im gegenständlichen Verfahren durch die Entscheidung der Antragsgegnerin kein echter Schaden entstehen. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist jedoch, dass dem Bieter durch einen Verstoß gegen Bestimmungen des Vergaberechtes ein echter Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Paragraph 13, Absatz eins, WVRG). Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen. vergleiche VwGH vom 27.9.2000, GZ. 2000/04/0050).

Aus diesen Gründen war daher, wie aus dem Spruch ersichtlich, der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher die einstweilige Verfügung vom 19.5.2005 mit sofortiger Wirksamkeit aufzuheben (§ 23 Abs. 5 WVRG). Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher die einstweilige Verfügung vom 19.5.2005 mit sofortiger Wirksamkeit aufzuheben (Paragraph 23, Absatz 5, WVRG).

Da die Antragstellerin mit ihrem Antrag unterlegen ist, steht ihr ein Kostenersatz nach § 30 Abs. 5 WVRG nicht zu. Da die Antragstellerin mit ihrem Antrag unterlegen ist, steht ihr ein Kostenersatz nach Paragraph 30, Absatz 5, WVRG nicht zu.

Schlagworte

Verhandlungsverfahren.

Dokumentnummer

VERGT_20050617_1576_05_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