

TE Verg Bescheid 2004/8/24 VKS-5514/04

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.08.2004

Norm

WVRG §2 Abs1 und 4
WVRG §11 Abs2
WVRG §13 Abs1
WVRG §14 Abs1
WVRG §17 Abs1
WVRG §20 Abs2 Z1 litc
WVRG §23 Abs1
WVRG §24
BVergG 2002 §3
BVergG 2002 §7 Abs1 Z2 lit a
BVergG 2002 §9 Abs2
BVergG 2002 §20 Z4 und 13 lit a sublitaa
BVergG 2002 §36
BVergG 2002 §74 Abs4
BVergG 2002 §94 Abs1
BVergG 2002 §98
WStV §72a

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der Ing. *** Ges.m.b.H, ***, vertreten durch Beck, Krist, Bubits, Rechtsanwälte Partnerschaft in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Vergabe der Errichtung einer Klimaanlage in der HNO- und Gynäkologischen Abteilung im Krankenhaus Lainz, KAV-KHL-TDR 136/04 durch die Antragsgegnerin Stadt Wien, KAV - Teilunternehmung, Krankenanstalten und Pflegeheime, Krankenhaus Lainz, Technische Direktion, Wolkersbergenstraße 1, 1130 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin Stadt Wien, KAV - Teilunternehmung, Krankenanstalten und Pflegeheime, Krankenhaus Lainz, Technische Direktion, Wolkersbergenstraße 1, 1130 Wien, zur Zahl KAV-KHL 136/04 vom 10.8.2004, wonach für den Zuschlag für die ausgeschriebenen Leistungen die *** vorgesehen ist,

wird für nichtig erklärt.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 2 Abs. 1 und 4, 11 Abs. 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 2 Z 1 lit. c, 23 Abs. 1, 24 WVRG und §§ 3, 7 Abs. 1 Z 2 lit. a, 9 Abs. 2, 20 Z 4 und 13 lit. a sublit. aa, 36, 74 Abs. 4, 94 Abs. 1, 98 BVergG 2002 und § 72a WStV.Paragraphen 2, Absatz eins und 4, 11 Absatz 2, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c,, 23 Absatz eins, 24, WVRG und Paragraphen 3, 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a,, 9 Absatz 2, 20, Ziffer 4 und 13 Litera a, Sub-Litera, a, a,, 36, 74 Absatz 4, 94, Absatz eins, 98, BVergG 2002 und Paragraph 72 a, WStV.

Begründung:

Das Krankenhaus der Stadt Wien Lainz, Technische Direktion, eine Teilunternehmung des Krankenanstaltenverbundes, hat im Rahmen eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich die Errichtung einer Klimaanlage im Krankenhaus Lainz, Abteilung HNO und Gynäkologie, öffentlich ausgeschrieben. Die Veröffentlichung erfolgte im Amtsblatt der Stadt Wien vom 24.6.2004. Rechtsträger des Krankenhauses der Stadt Wien – Lainz ist die Stadt Wien. Das Ende der Angebotsfrist war der 26.7.2004, 12.45 Uhr. Die Angebotsöffnung erfolgte anschließend um 13.00 Uhr, die Zuschlagsfrist betrug 8 Wochen. Einziges Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis gemäß den Ausschreibungsunterlagen.

Am gegenständlichen Verfahren haben sich die Antragstellerin sowie zwei andere Unternehmen beteiligt. Bei der Angebotsöffnung wurde das Angebot der Antragstellerin mit einem zivilrechtlichen Preis von EUR 404.556,50 als erstes gereiht. Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen liegt an zweiter Stelle.

Mit der der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommenen Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2004 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass sie beabsichtige, die ausgeschriebenen Leistungen an das zweitgereimte Unternehmen vergeben zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 24.8.2004 (und damit rechtzeitig, § 20 Abs. 2 Z 1 lit. c WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin führt darin aus, dass sie entsprechend den Ausschreibungsunterlagen hochdichte Absperrklappen des Erzeugers "Trogas" angeboten habe. Aufgrund einer telefonischen Anfrage eines Sachbearbeiters der ausschreibenden Stelle habe die Antragstellerin mit Telefax vom 5.8.2004 bekannt gegeben, dass anstelle der ursprünglich angebotenen hochdichten Absperrklappen bei Wunsch der Auftraggeberin kostenneutral auch hochdichte Klappen des Unternehmens "Luwatex, Type AKD" in der im Leistungsverzeichnis angegebenen Stückzahl angeboten werden könnten. Dass die von der Antragstellerin angebotenen hochdichten Absperrklappen nach Ansicht der Antragsgegnerin nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechen würden, bzw. dass von der Antragstellerin der Nachweis für die technische Gleichwertigkeit der angebotenen Absperrklappen zu führen wäre, wurde nicht erklärt. In der Folge habe die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2004 erhalten und sich mit Schreiben vom 11.8.2004 an die Antragsgegnerin mit dem Ersuchen gewandt, gemäß § 100 Abs. 3 BVergG 2002 die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes mitzuteilen. Mit E-Mail vom 17.8.2004 habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, die Antragstellerin hätte in ihrem Angebot vom 26.7.2004 hochdichte Absperrklappen des Unternehmens "Trogas" angeboten, die nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen würden. In ihrem Telefax vom 5.8.2004 habe die Antragstellerin nicht die Gleichwertigkeit der Absperrklappen nachweisen können, weshalb ihr Angebot ausgeschieden wurde. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 24.8.2004 (und damit rechtzeitig, Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin führt darin aus, dass sie entsprechend den Ausschreibungsunterlagen hochdichte Absperrklappen des Erzeugers "Trogas" angeboten habe. Aufgrund einer telefonischen Anfrage eines Sachbearbeiters der ausschreibenden Stelle habe die Antragstellerin mit Telefax vom 5.8.2004 bekannt gegeben, dass anstelle der ursprünglich angebotenen hochdichten Absperrklappen bei Wunsch der Auftraggeberin kostenneutral auch hochdichte Klappen des Unternehmens "Luwatex, Type AKD" in der im Leistungsverzeichnis angegebenen Stückzahl angeboten werden könnten. Dass die von der Antragstellerin angebotenen hochdichten Absperrklappen nach Ansicht

der Antragsgegnerin nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechen würden, bzw. dass von der Antragstellerin der Nachweis für die technische Gleichwertigkeit der angebotenen Absperrklappen zu führen wäre, wurde nicht erklärt. In der Folge habe die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2004 erhalten und sich mit Schreiben vom 11.8.2004 an die Antragsgegnerin mit dem Ersuchen gewandt, gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG 2002 die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes mitzuteilen. Mit E-Mail vom 17.8.2004 habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, die Antragstellerin hätte in ihrem Angebot vom 26.7.2004 hochdichte Absperrklappen des Unternehmens "Trogen" angeboten, die nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen würden. In ihrem Telefax vom 5.8.2004 habe die Antragstellerin nicht die Gleichwertigkeit der Absperrklappen nachweisen können, weshalb ihr Angebot ausgeschieden wurde.

Darauf hin hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 18.8.2004 der ausschreibenden Stelle mitgeteilt, dass ihrer Ansicht nach die von ihr angebotenen hochdichten Absperrklappen den Ausschreibungsbedingungen entsprechen würden und dass ihr (offenbar gemeint vor Zuschlagsentscheidung) von der Auftraggeberin niemals mitgeteilt worden sei, dass die angebotenen hochdichten Absperrklappen nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechen würden, bzw. dass die Antragstellerin für diese Absperrklappen den Nachweis der technischen Gleichwertigkeit führen müsste. Über einen derartigen Nachweis verfüge die Antragstellerin. Sie habe auch den entsprechenden Prüfbericht des TÜV Saarland vom 13.9.1995 hinsichtlich der von ihr angebotenen hochdichten Absperrklappen der Antragsgegnerin übermittelt. Mit Schreiben vom 20.8.2004 habe die Antragstellerin der Antragsgegnerin die beabsichtigte Antragstellung auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens unter Bekanntgabe der Gründe mitgeteilt.

Mit Schriftsatz vom 30.8.2004 hat sich die Antragsgegnerin gegen den Antrag der Antragstellerin ausgesprochen und insbesondere ausgeführt, die Antragstellerin hätte eine nach den Ausschreibungsbedingungen unzulässige Variante angeboten. Nach der für Krankenhäuser geltenden ÖNORM H 6020-1, Lüftungstechnische Anlagen in Krankenanstalten, wird in bestimmten Bereichen der Einbau hochdichter Klappen gefordert. Die Dichtheitsklasse 4 ist in der ÖNORM EN 1751 vom Oktober 1998 für hochdichte Klappen festgelegt. Am 2.8.2004 sei die Antragstellerin bezüglich ihres Begleitschreibens telefonisch um Aufklärung ersucht worden. Mit Faxschreiben vom 5.8.2004 habe die Antragstellerin mitgeteilt, dass die angebotenen Fabrikate des Unternehmens "Trogen" nur in luftdichter Ausführung erhältlich wären und hochdichte Klappen der Firma "Luwatex Type AKD" kostenneutral geliefert werden könnten. Damit habe die Antragstellerin eine Variante angeboten, weshalb ihr Anbot auszuschneiden gewesen wäre. Sofern die Antragstellerin vorbringt, dass keine Nachweise bis dato verlangt worden wären, werde auf den Langtext der öffentlichen Ausschreibung Seite 66 (richtig: 69) Kapitel 5510Z verwiesen, wo die Vorlage von Prüfzeugnissen gefordert ist.

Über Antrag der Antragstellerin wurde am 24.8.2004 eine mündliche Verhandlung durchgeführt.

Ergänzend zu den eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt stellt der Vergabekontrollsenat aufgrund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die jeweils der anderen Seite zur Kenntnis gebracht wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung nachfolgenden, entscheidungserheblichen weiteren Sachverhalt fest:

§ 72 a der Verfassung der Bundeshauptstadt Wien (Wiener Stadtverfassung - WStV in der Fassung LGBl. Nr. 22/2003) bestimmt, dass dem Wiener Krankenanstaltenverbund keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Auftraggeber im Sinne des § 20 Z 4 BVergG 2002 ist damit die Stadt Wien. Die Antragsgegnerin als mit der Vergabe betraute Organisationseinheit der Stadt Wien ist als vergebende Stelle im Sinne des § 20 Z 36 BVergG 2002 zu qualifizieren. Bei der gegenständlichen ausgeschriebenen Leistung handelt es sich sohin um die Vergabe einer Bauleistung im Unterschwellenbereich durch einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 2 lit. a BVergG 2002. Paragraph 72, a der Verfassung der Bundeshauptstadt Wien (Wiener Stadtverfassung - WStV in der Fassung Landesgesetzblatt Nr. 22 aus 2003,) bestimmt, dass dem Wiener Krankenanstaltenverbund keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG 2002 ist damit die Stadt Wien. Die Antragsgegnerin als mit der Vergabe betraute Organisationseinheit der Stadt Wien ist als vergebende Stelle im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 36, BVergG 2002 zu qualifizieren. Bei der gegenständlichen ausgeschriebenen Leistung handelt es sich sohin um die Vergabe einer Bauleistung im Unterschwellenbereich durch einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG 2002.

Soweit für das gegenständliche Verfahren von Bedeutung legen die Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin im Kapitel 5510Z "Hochdichte Absperrklappen" Folgendes fest:

"Ständige Vertragsbestimmungen: Für hochdichte Absperrklappen liegt ein Prüfzeugnis einer akkreditierten Prüfstelle vor. Kommentar:"

Im Kapitel "Hochdichte Absperrklappen" wird als beispielhaftes Erzeugnis ein Erzeugnis des Fabrikats "TROX" angeführt. Anschließend daran heißt es im Ausschreibungstext: "Angeboten ist das beispielhafte oder ein Erzeugnis/Type gleichwertiger Art. Kriterien der Gleichwertigkeit:Im Kapitel "Hochdichte Absperrklappen" wird als beispielhaftes Erzeugnis ein Erzeugnis des Fabrikats "TROX" angeführt. Anschließend daran heißt es im Ausschreibungstext: "Angeboten ist das beispielhafte oder ein Erzeugnis/Type gleichwertiger "Art". Kriterien der Gleichwertigkeit:"

Ausführung angeboten:"

Kommentar:"

Unter der Kapitelnummer 5510Z "Hochdichte Absperrklappen" hat die Antragstellerin Absperrklappen des Unternehmens "Trogen" angeboten ohne gleichzeitig mit ihrem Angebot ein Prüfzeugnis einer akkreditierten Prüfstelle für diese Absperrklappen vorzulegen.

Mit Schreiben vom 5.8.2004 (Beilage J) hat die Antragstellerin der Antragsgegnerin mitgeteilt, anstelle der angebotenen Luftklappen des Unternehmens "Trogen" hochdichte Klappen des Unternehmens "Luwatec, Type AKD" in der laut Leistungsverzeichnis angegebenen Stückzahl ebenfalls kostenneutral liefern zu können.

Im Spitalsbereich sind in bestimmten Räumlichkeiten nach der ÖNORM A 6020-1, Lüftungstechnische Anlagen in Krankenanstalten, hochdichte Klappen einzubauen. Die Prüfung der Dichtheit von Absperrklappen hat nach der ÖNORM EN 1751 (Oktober 1998) zu erfolgen. Diese ÖNORM enthält 4 Dichtheitsklassen, wobei eine hochdichte Absperrklasse den Anforderungen der Klasse 4 der EN 1751 entsprechen muss. Um eine Klappe als luftdicht zu bezeichnen, genügt das Erreichen der Anforderungen der Klasse 2 (Ergebnisse der mündlichen Verhandlung).

Vor Versendung der Zuschlagsentscheidung am 10.8.2004 hat die Antragsgegnerin eine weitere Prüfung der Qualität der von der Antragstellerin angebotenen Absperrklappen nicht vorgenommen. Obwohl die Antragstellerin weiterhin auf dem Standpunkt beharrt, die von ihr ursprünglich angebotenen Klappen würden die Anforderung "hochdichte Ausführungen im Sinne der EN-NORM" erfüllen, hat die Antragsgegnerin sie nicht zur Vorlage entsprechender Prüfzeugnisse einer akkreditierten Prüfstelle aufgefordert.

Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin auch erst nach der Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2004 mit E-Mail vom 17.8.2004 von der Ausscheidung ihres Angebotes gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 unterrichtet, da die Antragstellerin "in ihrem Fax vom 5.8.2004 die Gleichwertigkeit nicht nachweisen konnte". Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin auch erst nach der Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2004 mit E-Mail vom 17.8.2004 von der Ausscheidung ihres Angebotes gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 unterrichtet, da die Antragstellerin "in ihrem Fax vom 5.8.2004 die Gleichwertigkeit nicht nachweisen konnte".

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurde.

Insbesondere aufgrund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung hat der Vergabekontrollsenat als erwiesen angenommen, dass die Antragsgegnerin erst nach der Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2004 sich inhaltlich mit dem Angebot der Antragstellerin auseinandergesetzt hat, soweit es die Frage der Qualität der angebotenen Absperrklappen betrifft. Die mündliche Verhandlung hat aber auch ergeben, dass zur Frage, welche Dichtheitsklasse die ausgeschriebenen Klappen erreichen müssen bzw. welche Dichtheitsklasse die tatsächlich angebotenen Absperrklappen erreichen, die Bestimmungen der ÖNORM EN 1751 heranzuziehen sind. Übereinstimmend haben die Streitparteien vorgebracht, dass eine Klappe in der Stufe 4 am dichtesten ist, während eine Klappe der Stufe 2 eine gewisse Leckage haben darf. Die Antragstellerin hat zum Nachweis, dass die von ihr angebotenen Klappen den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen, der Antragsgegnerin nach der Zuschlagsentscheidung einen Prüfbericht des TÜV Saarland vorgelegt, der zwar am 30.8.1995 verfasst wurde, aber dennoch nachweisen soll, dass es sich bei der geprüften Klappe um eine hochdichte Klappe im Sinne der Ausschreibungsunterlagen handelt.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

Die Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am 10.8.2004 zugegangen. Der am 24.8.2004 eingelangte Nachprüfungsantrag ist damit rechtzeitig. Der Antrag richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002, er entspricht auch sonst den Anforderungen des § 17 Abs. 1 WVRG. Der drohende Schaden wurde ausreichend glaubhaft gemacht, zumal die Antragstellerin nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung als Bestbieterin zum Zuge kommen könnte. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 14 Abs. 1 WVRG ist rechtzeitig und in entsprechender Art und Weise erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am 10.8.2004 zugegangen. Der am 24.8.2004 eingelangte Nachprüfungsantrag ist damit rechtzeitig. Der Antrag richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, BVergG 2002, er entspricht auch sonst den Anforderungen des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG. Der drohende Schaden wurde ausreichend glaubhaft gemacht, zumal die Antragstellerin nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung als Bestbieterin zum Zuge kommen könnte. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 14, Absatz eins, WVRG ist rechtzeitig und in entsprechender Art und Weise erfolgt.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 11 Abs. 2, 13 Abs. 1 WVRG zur Durchführung des Nichtigklärungsverfahrens zuständig. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2, 13, Absatz eins, WVRG zur Durchführung des Nichtigklärungsverfahrens zuständig.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es die Antragsgegnerin unterlassen hat, die Antragstellerin spätestens mit der Zuschlagsentscheidung von der Ausscheidung ihres Angebotes zu verständigen. § 98 erster Satz BVergG 2002 bestimmt, dass vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung die vergebende Stelle aufgrund des Ergebnisses der Prüfung nicht entsprechende Angebote auszuschneiden hat. Das Ausscheiden eines Angebotes stellt somit einen eigenen Verfahrensabschnitt des Vergabeverfahrens dar, der jedoch nicht mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung beendet wird. Dieser Verfahrensabschnitt unterliegt eigenen Regelungen und sollte nicht, auch wenn dies in der Praxis zeitlich zusammenfällt, mit der Angebotsbewertungs-/Zuschlagsphase vermengt werden. Der Charakter als eigener Verfahrensabschnitt wird durch die einleitende Wortfolge "vor der Wahl" hervorgehoben (vgl. AB 1118 BlgNR 21.GP 52). Dies bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber nicht zwischen einem Ausscheiden und der bloßen "Nichtberücksichtigung" für die Zuschlagserteilung wählen kann, sondern er hat bei Vorliegen der Ausscheidungstatbestände die von anderen Bietern durchsetzbare Verpflichtung, das Angebot tatsächlich auszuschneiden (vgl. BVA 25.8.1998, N-8/98- 16). Es ist zwar die Ausscheidung des Angebotes nicht selbständig anfechtbar, sondern mit der nächsten, darauf folgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung zu bekämpfen. Im Hinblick darauf, dass zur Bekämpfung einer Zuschlagsentscheidung jedoch nur jener Bieter legitimiert ist, dessen Angebot nicht ausgeschieden wurde und der bei Stattgebung eines Nichtigklärungsantrages zum Zuge kommen könnte, kommt einer derartigen Ausscheidung eines Angebotes nach § 98 BVergG 2002 auch für das allenfalls nachfolgende Nachprüfungsverfahren zur Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung eine grundlegende Bedeutung zu (vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C – 249/01; Sturm/ Fink, Die europäische Rechtssprechung zum Vergaberecht, 529 ff). Da, wie sich auch eindeutig aus den Vergabeakten ergeben hat, die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin erst nach Zugang der Zuschlagsentscheidung erfolgte und auch erst nach diesem Zeitpunkt (10.8.2004) die Antragsgegnerin die Gründe für eine Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin angegeben hat, eine Verständigung der Antragstellerin von der Ausscheidung des Angebotes auch erst nach dem Zugang der Zuschlagsentscheidung erfolgte, war dieser Umstand im gegenständlichen Verfahren nicht weiter zu berücksichtigen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es die Antragsgegnerin unterlassen hat, die Antragstellerin spätestens mit der Zuschlagsentscheidung von der Ausscheidung ihres Angebotes zu verständigen. Paragraph 98, erster Satz BVergG 2002 bestimmt, dass vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung die vergebende Stelle aufgrund des Ergebnisses der Prüfung nicht entsprechende Angebote auszuschneiden hat. Das Ausscheiden eines Angebotes stellt somit einen eigenen Verfahrensabschnitt des Vergabeverfahrens dar, der jedoch nicht mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung beendet wird. Dieser Verfahrensabschnitt unterliegt eigenen Regelungen und sollte nicht, auch wenn dies in der Praxis zeitlich zusammenfällt, mit der Angebotsbewertungs-/Zuschlagsphase vermengt werden. Der Charakter als eigener Verfahrensabschnitt wird durch die einleitende Wortfolge "vor der Wahl" hervorgehoben (vergleiche Ausschussbericht 1118 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 52). Dies bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber nicht zwischen einem Ausscheiden und der bloßen "Nichtberücksichtigung" für die

Zuschlagserteilung wählen kann, sondern er hat bei Vorliegen der Ausscheidungstatbestände die von anderen Bietern durchsetzbare Verpflichtung, das Angebot tatsächlich auszuschneiden (vergleiche BVA 25.8.1998, N-8/98- 16). Es ist zwar die Ausscheidung des Angebotes nicht selbständig anfechtbar, sondern mit der nächsten, darauf folgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung zu bekämpfen. Im Hinblick darauf, dass zur Bekämpfung einer Zuschlagsentscheidung jedoch nur jener Bieter legitimiert ist, dessen Angebot nicht ausgeschieden wurde und der bei Stattgebung eines Nichtigkeitsantrages zum Zuge kommen könnte, kommt einer derartigen Ausscheidung eines Angebotes nach Paragraph 98, BVergG 2002 auch für das allenfalls nachfolgende Nachprüfungsverfahren zur Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung eine grundlegende Bedeutung zu (vergleiche EuGH 19.6.2003, Rs C – 249/01; Sturm/ Fink, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht, 529 ff). Da, wie sich auch eindeutig aus den Vergabeakten ergeben hat, die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin erst nach Zugang der Zuschlagsentscheidung erfolgte und auch erst nach diesem Zeitpunkt (10.8.2004) die Antragsgegnerin die Gründe für eine Ausscheidung des Angebotes der

Antragstellerin angegeben hat, eine Verständigung der Antragstellerin von der Ausscheidung des Angebotes auch erst nach dem Zugang der Zuschlagsentscheidung erfolgte, war dieser Umstand im gegenständlichen Verfahren nicht weiter zu berücksichtigen.

Entscheidend ist die Frage, ob die von der Antragstellerin in ihrem Angebot ursprünglich angebotenen Absperrklappen des Fabrikats "Trogen" den Ausschreibungsbedingungen bzw. den Anforderungen der EN 1751 an hochdichte Klappen entsprochen haben oder nicht. Die Antragstellerin hat unter Berufung auf von ihr auch im Vergabeverfahren vorgelegte Prüfberichte und Erklärungen der Erzeugerfirma nach wie vor den Standpunkt vertreten, die von ihr angebotenen Klappen hätten den Anforderungen an hochdichte Klappen der Klasse 4 entsprochen. Soweit sich die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang darauf beruft, die Antragstellerin hätte bereits mit ihrem Angebot entsprechende Prüfzeugnisse vorzulegen gehabt, ist sie zunächst auf die von ihr in ihrem Schriftsatz vom 30.8.2004 zitierte Stelle der Ausschreibungsbedingungen zu verweisen. Unter dem Kapitel 5510Z "Hochdichte Absperrklappen" enthält der Ausschreibungstext lediglich den Hinweis darauf, dass für hochdichte Absperrklappen ein Prüfzeugnis einer akkreditierten Prüfstelle vorliegen muss. Daran anschließend findet sich das Wort "Kommentar". Die Antragstellerin hat diesbezüglich eine Erklärung nicht beigefügt. Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates kann aus dieser Stelle der Ausschreibungsunterlagen nicht geschlossen werden, dass die Vorlage entsprechender Prüfzeugnisse einer akkreditierten Prüfstelle bereits mit dem Angebot hätte erfolgen müssen. Selbst wenn man diese Ansicht vertreten wollte, würde es sich nur um einen behebbaren Mangel handeln. Da es sich hier um eine Frage der technischen Spezifikationen handelt, wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, entsprechende Aufklärung im Sinne des § 75 Abs. 4 BVergG 2002 durch Vorlage etwa von Prüfberichten anerkannter Stellen von der Antragstellerin zu verlangen. Erst wenn die Antragstellerin einer derartigen Aufforderung nicht nachgekommen wäre bzw. wenn die von ihr vorgelegten Prüfzeugnisse ergeben hätten, dass die angebotenen Absperrklappen nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechen würden, wäre sie berechtigt gewesen, das Angebot auszuschneiden. § 94 BVergG 2002 trägt diesbezüglich dem Auftraggeber eine Nachforschungspflicht bei Unklarheiten und behebbaren Mängeln auf. So hat der öffentliche Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen und ihm hierfür eine angemessene Frist zu setzen. Der Bieter hat die Aufklärung so vollständig und detailliert zu geben, dass mit der Aufklärung die Unklarheit bzw. (verbesserungsfähige) Mangelhaftigkeit des Angebotes beseitigt wird. Kommt der Bieter dieser Aufklärung nicht nach oder nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist, so ist die Unklarheit bzw. Mangelhaftigkeit nicht beseitigt, was zur Ausscheidung des Angebotes nach § 98 Z 8 BVergG 2002 führen muss. Entscheidend ist die Frage, ob die von der Antragstellerin in ihrem Angebot ursprünglich angebotenen Absperrklappen des Fabrikats "Trogen" den Ausschreibungsbedingungen bzw. den Anforderungen der EN 1751 an hochdichte Klappen entsprochen haben oder nicht. Die Antragstellerin hat unter Berufung auf von ihr auch im Vergabeverfahren vorgelegte Prüfberichte und Erklärungen der Erzeugerfirma nach wie vor den Standpunkt vertreten, die von ihr angebotenen Klappen hätten den Anforderungen an hochdichte Klappen der Klasse 4 entsprochen. Soweit sich die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang darauf beruft, die Antragstellerin hätte bereits mit ihrem Angebot entsprechende Prüfzeugnisse vorzulegen gehabt, ist sie zunächst auf die von ihr in ihrem Schriftsatz vom 30.8.2004 zitierte Stelle der Ausschreibungsbedingungen zu verweisen. Unter dem Kapitel 5510Z "Hochdichte Absperrklappen" enthält der Ausschreibungstext lediglich den Hinweis darauf, dass für hochdichte Absperrklappen ein Prüfzeugnis einer akkreditierten Prüfstelle vorliegen muss. Daran anschließend findet sich das Wort "Kommentar". Die Antragstellerin hat diesbezüglich eine Erklärung nicht beigefügt. Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates kann aus dieser Stelle der Ausschreibungsunterlagen nicht geschlossen werden, dass die Vorlage entsprechender Prüfzeugnisse einer akkreditierten Prüfstelle bereits mit dem Angebot hätte erfolgen müssen. Selbst wenn man diese Ansicht vertreten wollte, würde es sich nur um einen behebbaren Mangel handeln. Da es sich hier um eine Frage der technischen Spezifikationen handelt, wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, entsprechende Aufklärung im Sinne des Paragraph 75, Absatz 4, BVergG 2002 durch Vorlage etwa von Prüfberichten anerkannter Stellen von der Antragstellerin zu verlangen. Erst wenn die Antragstellerin einer derartigen Aufforderung nicht nachgekommen wäre bzw. wenn die von ihr vorgelegten Prüfzeugnisse ergeben hätten, dass die angebotenen Absperrklappen nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechen würden, wäre sie berechtigt gewesen, das Angebot auszuschneiden. Paragraph 94, BVergG 2002 trägt diesbezüglich dem Auftraggeber eine Nachforschungspflicht bei Unklarheiten und behebbaren Mängeln auf. So hat der öffentliche Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen und ihm hierfür eine angemessene Frist zu setzen. Der Bieter hat die Aufklärung so vollständig und detailliert zu geben, dass mit der Aufklärung die Unklarheit bzw. (verbesserungsfähige) Mangelhaftigkeit des Angebotes beseitigt

wird. Kommt der Bieter dieser Aufklärung nicht nach oder nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist, so ist die Unklarheit bzw. Mangelhaftigkeit nicht beseitigt, was zur Ausscheidung des Angebotes nach Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 führen muss.

Ob die von der Antragstellerin auch im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Prüfzeugnisse geeignet sind, die von ihr behauptete Eignung der Klappen im Sinne der Ausschreibungsbedingungen nachzuweisen, kann nicht im Nichtigerklärungsverfahren geprüft werden. Dies ist vielmehr Aufgabe des Auftraggebers im Vergabeverfahren vor Ergehen der Zuschlagsentscheidung. Da nach den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung davon auszugehen ist, dass die Dichtheit der ausgeschriebenen Klappen nach der ÖNORM EN 1751 zu prüfen ist und für die Durchführung des Bauauftrages hochdichte Klappen erforderlich sind, wird die Auftraggeberin im weiteren Vergabeverfahren zu prüfen haben, ob die von der Antragstellerin ursprünglich angebotenen Luftklappen der Klasse 4 der mehrfach genannten ÖNORM entsprechen. Da es die Antragsgegnerin bisher unterlassen hat, die Antragstellerin zu einem entsprechenden Nachweis zur Frage der technischen Leistungsfähigkeit aufzufordern bzw. eine Prüfung diesbezüglich überhaupt unterlassen hat, musste die Zuschlagsentscheidung mangelhaft bleiben. Aus diesen Gründen kann auch nicht beurteilt werden, ob der von der Antragsgegnerin (nachträglich) angenommene Ausscheidungsgrund tatsächlich gegeben ist. Es war daher dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung stattzugeben und wie im Spruch ersichtlich zu entscheiden.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung war gemäß § 23 Abs. 1 WVRG zurückzuweisen, da mit der gegenständlichen Entscheidung das Vergabeverfahren beendet ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung war gemäß Paragraph 23, Absatz eins, WVRG zurückzuweisen, da mit der gegenständlichen Entscheidung das Vergabeverfahren beendet ist.

Schlagworte

Mitteilung von der Ausscheidung eines Angebotes hat vor, bzw. gleichzeitig mit der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung zu erfolgen; Nichtvorlage von Zertifikaten mit dem Angebot bildet einen behebbaren Mangel; Auftraggeber zu entsprechender Prüfung vor Ausscheidung verpflichtet.

Dokumentnummer

VERGT_20040824_5514_04_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