

TE Verg Bescheid 2003/8/29 13N-72/03-11

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.08.2003

Norm

BVergG 2002 §20 Z13

BVergG 2002 §81 Abs5

BVergG 2002 §162 Abs2 Z1

BVergG 2002 §162 Abs2 Z2

BVergG 2002 §163 Abs2

BVergG 2002 §169

BVergG 2002 §169 Abs2 Z1

ABGB §915

ÖNORM B 2063

ÖNORM B 2110

1. ABGB § 915 heute
2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 13, Mag. Thomas Gruber, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "TU-Wien - 1040 Wien, Wiedner Hauptstraße 6- 10, Tausch der zentralen Kälteversorgungsanlage", der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Neulinggasse 29, 1030 Wien, vertreten durch die Immobilienmanagementgesellschaft des Bundes mbH, Hintere Zollamtstraße 1, 1031 Wien, wie folgt entschieden:

Der Antrag der A*** GmbH, vertreten durch RAe X*** vom 30. Juli 2003 gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 15. Juli 2003, wird gemäß den §§ 20 Z 13 lit a sublit aa iVm 169 Abs 2 Z 1 lit a BVergG 2002 BGBl I Nr. 99/2002 abgewiesen. Der Antrag der A*** GmbH, vertreten durch RAe X*** vom 30. Juli 2003 gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 15. Juli 2003, wird gemäß den Paragraphen 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, in Verbindung mit 169 Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, BVergG 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, abgewiesen.

BEGRÜNDUNG

Wie sich aus den von der Bundesimmobiliengesellschaft m. b. H., Neulinggasse 29, 1030 Wien, vertreten durch die Immobilienmanagementgesellschaft des Bundes m.b.H., Hintere Zollamtstraße 1, 1031 Wien (in der Folge Auftraggeberin genannt) vorgelegten Unterlagen ergibt, handelt es sich bei dem verfahrensgegenständlichen

Vergabeverfahren um einen Bauauftrag, der der Untergruppe 503.3 Installation von Heizungs- und Belüftungsanlagen (Installation von Zentralheizungs-, Klima- und Belüftungsanlagen/Lüftungsanlagen) gemäß Anhang I des BVergG 2002 zuzuordnen ist. Der geschätzte Auftragswert des gesamten Vorhabens beträgt ohne USt EUR 2,651.575,--. Es handelt sich um ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich. Die Angebotsöffnung hat am 11. Juni 2003 stattgefunden. Dabei wurde der von der A*** GmbH, vertreten durch RAe X*** (in der Folge Antragstellerin genannt) angebotene Preis der Position "10.58.01.600, Abschlag Wiederverw. best. Antrieb, Eventualposition" von EUR 405.918,-- nicht verlesen. Gemäß der Anwesenheitsliste, welche der Niederschrift zur Angebotsöffnung beiliegt, war bei der Angebotsöffnung ein Vertreter der Antragstellerin anwesend. Dieser Vertreter hat, wie die Antragstellerin auch bei der mündlichen Verhandlung bestätigte, keine Einwendungen gegen die Nichtverlesung der genannten Preisposition erhoben. Wie sich aus den von der Bundesimmobiliengesellschaft m. b. H., Neulinggasse 29, 1030 Wien, vertreten durch die Immobilienmanagementgesellschaft des Bundes m.b.H., Hintere Zollamtstraße 1, 1031 Wien (in der Folge Auftraggeberin genannt) vorgelegten Unterlagen ergibt, handelt es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren um einen Bauauftrag, der der Untergruppe 503.3 Installation von Heizungs- und Belüftungsanlagen (Installation von Zentralheizungs-, Klima- und Belüftungsanlagen/Lüftungsanlagen) gemäß Anhang römisch eins des BVergG 2002 zuzuordnen ist. Der geschätzte Auftragswert des gesamten Vorhabens beträgt ohne USt EUR 2,651.575,--. Es handelt sich um ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich. Die Angebotsöffnung hat am 11. Juni 2003 stattgefunden. Dabei wurde der von der A*** GmbH, vertreten durch RAe X*** (in der Folge Antragstellerin genannt) angebotene Preis der Position "10.58.01.600, Abschlag Wiederverw. best. Antrieb, Eventualposition" von EUR 405.918,-- nicht verlesen. Gemäß der Anwesenheitsliste, welche der Niederschrift zur Angebotsöffnung beiliegt, war bei der Angebotsöffnung ein Vertreter der Antragstellerin anwesend. Dieser Vertreter hat, wie die Antragstellerin auch bei der mündlichen Verhandlung bestätigte, keine Einwendungen gegen die Nichtverlesung der genannten Preisposition erhoben.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 15. Juli 2003, GZ 90.031/1016-406/03, bei der Antragstellerin eingelangt am 16. Juli 2003, wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass die Bietergemeinschaft B*** GmbH/C*** GmbH, aufgrund der Zuschlagskriterien als Bestbieter im o.a. Vergabeverfahren ermittelt wurde. Es sei beabsichtigt ihr den Zuschlag zu erteilen. Mit Schreiben vom 30. Juli 2003 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Dieser lautet wie folgt: "Aus all den oben angeführten Gründen stellt der Antragsteller den Antrag, auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Antragsgegners vom 15.7.2003, zugestellt am 16. 7. 2003, der BG BA im Vergabeverfahren "TU-Wien Tausch der zentralen Kälteversorgungsanlage" den Zuschlag zu erteilen; sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung."

Begründet wird der Antrag im Wesentlichen damit, dass die Auftraggeberin bei der Gesamtpunkteermittlung unrichtigerweise den von der Antragstellerin angebotenen Abschlag für die Wiederverwendung der bestehenden Antriebe in Höhe von EUR 405.918,-- unberücksichtigt gelassen habe. Wäre dieser Abschlag bei der Ermittlung der Punkte für das - mit 72% gewichtete - Zuschlagskriterium "Gesamtpreis" von der IMB (richtigerweise) berücksichtigt worden, so hätte die Antragstellerin aufgrund des niedrigsten Preises 72 Punkte für das Kriterium "Gesamtpreis" und insgesamt 89,94 Punkte, die Bietergemeinschaft B*** GmbH / C*** GmbH demgegenüber nur 63,06 Punkte (Hauptangebot) bzw. 61,84 Punkte (Variationenangebot) für das Kriterium "Gesamtpreis" und insgesamt 80,59 Punkte (Hauptangebot) bzw. 81,44 Punkte (Variantenangebot) erhalten. Der gegenständliche Auftrag stelle für die Antragstellerin in Anbetracht des Auftragsvolumens und der mit einer Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung ein wesentliches Referenzprojekt dar. Das Interesse am Vertragsabschluss sei schon allein deshalb evident. Es drohe der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe von zumindest EUR 32.800,-- für die mit der Teilnahme am Vergabeverfahren verbundenen Aufwendungen sowie als weiterer drohender Schaden komme noch der Schaden aus dem entgangenen unternehmerischen Gewinn in Höhe von rd. EUR 163.000,-- (7% vom Angebotspreis) dazu.

Die Antragstellerin hat den rechtzeitig gestellten Antrag ordnungsgemäß iSd § 177 BVergG 2002 vergebührt sowie rechtzeitig iSd § 163 Abs 2 BVergG 2002 die Auftraggeberin von diesem verständigt. Die Antragstellerin hat den rechtzeitig gestellten Antrag ordnungsgemäß iSd Paragraph 177, BVergG 2002 vergebührt sowie rechtzeitig iSd Paragraph 163, Absatz 2, BVergG 2002 die Auftraggeberin von diesem verständigt.

Mit Schreiben vom 4. August 2003 hat die Auftraggeberin die im ersten Absatz der Bescheidbegründung genannten Daten zum gegenständlichen Verfahren mitgeteilt. Weiters hat sie vorgebracht, dass die Umbaumaßnahmen nur in der kalten Jahreszeit (Herbst/Winter) durchgeführt werden könnten, da in dieser Zeit ein reduzierter Kälteverbrauch

gegeben sei. Die im Betrieb befindliche Anlage sei bereits teilweise defektbedingt außer Betrieb. Aufgrund der langen Liefer- und Montagefristen einer Neuanlage wäre ein Vertragsabschluss bis längsten 31. August 2003 im öffentlichen Interesse, damit der Lehr- und Forschungsbetrieb nicht gefährdet werde.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 6. August 2003, 13N- 72/03-4, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 30. August 2003 untersagt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 6. August 2003 wurden die Sachverhaltsbehauptungen der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 30.7.2003, Punkte I.1.1 - 1.4, 2. Absatz außer Streit gestellt. Die Wiederverwendung der bestehenden 10 KV-Antriebe sei als Eventualposition ausgeschrieben worden. Folgerichtig seien daher die diesbezüglichen Preise bei der öffentlichen Angebotsöffnung nicht verlesen worden und könnten diese Positionen für die Bestbieterermittlung auch nicht herangezogen werden. Die Ausführungen der Antragstellerin, dass es sich bei der gegenständlichen Position um keine Eventualposition handle, sondern diese als Ausschreibungsvariante des Auftraggebers zu qualifizieren sei, sei insofern irrelevant, als die Antragstellerin dies nicht fristgerecht vor Angebotseröffnung bekämpft habe. Obwohl bei der Angebotseröffnung ein Vertreter der Antragstellerin anwesend gewesen sei, sei die Verlesung der Preise der Eventualposition nicht begeht worden. Die Auftraggeberin beantragte daher, den Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 15.7.2003 zurück- bzw. abzuweisen. Mit Schreiben vom 21. August 2003 stellte die B*** GmbH, sowie die C*** GmbH beide vertreten durch RAe Y***, einen Teilnahmeantrag. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 6. August 2003 wurden die Sachverhaltsbehauptungen der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 30.7.2003, Punkte römisch eins.1.1 - 1.4, 2. Absatz außer Streit gestellt. Die Wiederverwendung der bestehenden 10 KV-Antriebe sei als Eventualposition ausgeschrieben worden. Folgerichtig seien daher die diesbezüglichen Preise bei der öffentlichen Angebotsöffnung nicht verlesen worden und könnten diese Positionen für die Bestbieterermittlung auch nicht herangezogen werden. Die Ausführungen der Antragstellerin, dass es sich bei der gegenständlichen Position um keine Eventualposition handle, sondern diese als Ausschreibungsvariante des Auftraggebers zu qualifizieren sei, sei insofern irrelevant, als die Antragstellerin dies nicht fristgerecht vor Angebotseröffnung bekämpft habe. Obwohl bei der Angebotseröffnung ein Vertreter der Antragstellerin anwesend gewesen sei, sei die Verlesung der Preise der Eventualposition nicht begeht worden. Die Auftraggeberin beantragte daher, den Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 15.7.2003 zurück- bzw. abzuweisen. Mit Schreiben vom 21. August 2003 stellte die B*** GmbH, sowie die C*** GmbH beide vertreten durch RAe Y***, einen Teilnahmeantrag.

Bei der mündlichen Verhandlung vom 27. August 2003 wurde von der Auftraggeberin vorgebracht, dass die Vergabe des Tausches der zentralen Kälteversorgungsanlage der TU Wien schon einmal ausgeschrieben worden sei, aber widerrufen werden musste, weil es nur ein Angebot für die Wiederverwendung des bestehenden Antriebes gegeben habe (Angebot von der Fa. C*** und nur von derselben Firma ein Angebot für die Neuherstellung). Aus diesem Grund sei es notwendig gewesen in das Hauptangebot die Neuerstellung aufzunehmen, um das Fabrikat der bestehenden Anlage nicht zu bevorzugen. Trotzdem sei es für die Auftraggeberin auch interessant gewesen, um eine gewisse Wahlfreiheit zu haben, sowohl in terminlicher, technischer und bauherrnbezogener Sicht zu wissen, ob bzw. unter welchen Umständen die Wiederverwendung der bestehenden Antriebe möglich sei. Daher sei eine Eventualposition gewählt worden. Sie bedeute, dass es für die Auftraggeberin wesentlich gewesen sei, für diese Position einen Preis zu erfahren, allerdings sei es erst nach der Klärung der technischen, terminlichen und bauherrnbezogenen Punkte möglich, die Entscheidung über diese Position zu treffen. Die Frage ob eine Wiederverwendung des bestehenden Antriebes möglich sei oder nicht, könne erst nach Abgabe der Angebote geklärt werden. Es sollte keinesfalls die Position als Variante gesehen werden, auf die die Auftraggeberin bei Vorliegen der Bestbiereigenschaft zuschlagen hätte müssen. Weiters erklärte die Auftraggeberin, dass in Pkt. 8 der "Technischen Beschreibung zum Leistungsverzeichnis" ausdrücklich das Wort "Eventualposition" angegeben sei, ebenso sei im standardisierten Leistungsverzeichnis auf Basis der ÖNORM B 2063 eindeutig und unmissverständlich als Eventualposition angegeben und auszupreisen. Es sei daher für den Antragsteller eindeutig erkennbar gewesen, dass diese Position für die Bestbieterermittlung nicht herangezogen werde und werden könne. Die Frage, ob die Eventualposition die vom Auftraggeber bewusst als solche gewählt wurde, in dieser Form 100%ig gesetzeskonform gewesen sei, sei in diesem Stadium irrelevant, weil vor Angebotsöffnung das Leistungsverzeichnis von keinem der Bieter beanstandet worden sei. Für eine Umdeutung durch die Bieter bestehe kein Raum. Vertragsinhalt sei jedenfalls die ÖNORM B 2110 die ihrerseits auf die ÖNORM B 2063 verweise und diese ihrerseits wieder als Vertragsbestandteil nenne (vgl. Pkt.6 d des Angebotsschreibens). Eine Eventualposition sei gemäß Pkt. 4.5.3 der ÖNORM B 2063 folgendermaßen definiert: "Eine

Eventualposition beschreibt eine zusätzliche Leistung, die nur auf besondere Anordnung des Auftraggebers zur Ausführung kommt."Bei der mündlichen Verhandlung vom 27. August 2003 wurde von der Auftraggeberin vorgebracht, dass die Vergabe des Tausches der zentralen Kälteversorgungsanlage der TU Wien schon einmal ausgeschrieben worden sei, aber widerrufen werden musste, weil es nur ein Angebot für die Wiederverwendung des bestehenden Antriebes gegeben habe (Angebot von der Fa. C*** und nur von derselben Firma ein Angebot für die Neuherstellung). Aus diesem Grund sei es notwendig gewesen in das Hauptangebot die Neuherstellung aufzunehmen, um das Fabrikat der bestehenden Anlage nicht zu bevorzugen. Trotzdem sei es für die Auftraggeberin auch interessant gewesen, um eine gewisse Wahlfreiheit zu haben, sowohl in terminlicher, technischer und bauherrnbezogener Sicht zu wissen, ob bzw. unter welchen Umständen die Wiederverwendung der bestehenden Antriebe möglich sei. Daher sei eine Eventualposition gewählt worden. Sie bedeute, dass es für die Auftraggeberin wesentlich gewesen sei, für diese Position einen Preis zu erfahren, allerdings sei es erst nach der Klärung der technischen, terminlichen und bauherrnbezogenen Punkte möglich, die Entscheidung über diese Position zu treffen. Die Frage ob eine Wiederverwendung des bestehenden Antriebes möglich sei oder nicht, könne erst nach Abgabe der Angebote geklärt werden. Es sollte keinesfalls die Position als Variante gesehen werden, auf die die Auftraggeberin bei Vorliegen der Bestbiereigenschaft zuschlagen hätte müssen. Weiters erklärte die Auftraggeberin, dass in Pkt. 8 der "Technischen Beschreibung zum Leistungsverzeichnis" ausdrücklich das Wort "Eventualposition" angegeben sei, ebenso sei im standardisierten Leistungsverzeichnis auf Basis der ÖNORM B 2063 eindeutig und unmissverständlich als Eventualposition angegeben und auszupreisen. Es sei daher für den Antragsteller eindeutig erkennbar gewesen, dass diese Position für die Bestbieterermittlung nicht herangezogen werde und werden könne. Die Frage, ob die Eventualposition die vom Auftraggeber bewusst als solche gewählt wurde, in dieser Form 100%ig gesetzeskonform gewesen sei, sei in diesem Stadium irrelevant, weil vor Angebotsöffnung das Leistungsverzeichnis von keinem der Bieter beanstandet worden sei. Für eine Umdeutung durch die Bieter bestehe kein Raum. Vertragsinhalt sei jedenfalls die ÖNORM B 2110 die ihrerseits auf die ÖNORM B 2063 verweise und diese ihrerseits wieder als Vertragsbestandteil nenne (vergleiche Pkt.6 d des Angebotsschreibens). Eine Eventualposition sei gemäß Pkt. 4.5.3 der ÖNORM B 2063 folgendermaßen definiert: "Eine Eventualposition beschreibt eine zusätzliche Leistung, die nur auf besondere Anordnung des Auftraggebers zur Ausführung kommt."

Eine Eventualposition sei nicht zu berücksichtigen (ÖNORM B 2063 Pkt. 4.12).

Weiters brachte die Auftraggeberin vor, dass der Antragsteller, obwohl er nach seinem Vorbringen gesehen habe, dass im Leistungsverzeichnis Eventualposition an anderer Stelle jedoch Variante als Begriff vorkam, es unterlassen habe, rechtzeitig Aufklärung vom Auftraggeber zu verlangen und es ihm daher an jedem Schutzbedürfnis fehle. Der Auftraggeber habe durch die Streichung des Preisfeldes der gegenständlichen Position und die elektronische Sperre im Datenträger die eindeutige Festlegung getroffen, dass die gegenständliche Position nicht zur Bestbieterermittlung herangezogen werde; diese Festlegung sei vergaberechtlich möglich und stelle keinesfalls einen Wurzelmangel dar; mangels rechtzeitiger Bekämpfung, könne diese Festlegung daher nunmehr nicht mehr überprüft werden. Weiters führte die Auftraggeberin aus, dass es wesentlich und unmissverständlich im gegenständlichen Fall sei, dass die Preisfelder für die gegenständliche Eventualposition elektronisch gesperrt worden sei, weil diese Pos. nicht in die Angebotssumme aufgenommen werde. Es wäre daher den Bietern klar gewesen, dass diese Position für die Bestbieterermittlung nicht herangezogen werde. Dies unabhängig von der Bezeichnung der Position.

Die Antragstellerin führte bei der mündlichen Verhandlung vom 27. August 2003 aus, dass unter Pkt. 18.5 der "Technischen Beschreibung zum Leistungsverzeichnis" ausdrücklich auf die Wiederverwendung (unter Angabe der betreffenden Positionsnummer) der bestehenden Motoren eingegangen werde. Dort sei entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin ausdrücklich von einer "Variante" die Rede. Weiters sei auf Pkt. 7 und 8 der technischen Beschreibung zum Leistungsverzeichnis zu verweisen, wo ausdrücklich der Einsatz von 10 KV-Motoren zwingend vorgesehen sei. Weiters führte sie aus, dass ÖNORMEN weder Gesetzes- noch Verordnungsqualität hätten. Die Ausschreibung spreche vielmehr auch von einer "Variante"; das Bundesvergabegesetz definiere das "Variantenangebot" in § 20 Z 33 (im Gegensatz zur nicht definierten Eventualposition). Die Ausschreibung sei daher keineswegs "eindeutig". Bei der gegenständlichen Eventualposition sei das Kennzeichen P="E" erforderlich, im Leistungsverzeichnis sei die Bezeichnung jedoch als "Z"-Position erfolgt. Es handle sich bei der gerügten Entscheidung der Auftraggeberin um einen schwerwiegenden, nicht offensichtlichen "Wurzelmangel". Zu verweisen sei auf die zweideutige Verwendung von Begriffen in der Ausschreibung, die jedoch die klare Beurteilung als "Wahlposition"

(Variantenposition) unberührt lasse. Bei der Bezeichnung als "Eventualposition" handle es sich insoweit um eine unschädliche Falschbezeichnung ("falsa demonstratio"). Zudem sei im Sinne des § 915 ABGB zu berücksichtigen, dass derart schwerwiegende begriffliche Inkonsistenzen in der Ausschreibung jedenfalls zu Lasten desjenigen auszulegen seien, der sich ihrer bedient - dies sei der Auftraggeber und keinesfalls die Antragstellerin. Die Antragstellerin führte bei der mündlichen Verhandlung vom 27. August 2003 aus, dass unter Pkt. 18.5 der "Technischen Beschreibung zum Leistungsverzeichnis" ausdrücklich auf die Wiederverwendung (unter Angabe der betreffenden Positionsnummer) der bestehenden Motoren eingegangen werde. Dort sei entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin ausdrücklich von einer "Variante" die Rede. Weiters sei auf Pkt. 7 und 8 der technischen Beschreibung zum Leistungsverzeichnis zu verweisen, wo ausdrücklich der Einsatz von 10 KV-Motoren zwingend vorgesehen sei. Weiters führte sie aus, dass ÖNORMEN weder Gesetzes- noch Verordnungsqualität hätten. Die Ausschreibung spreche vielmehr auch von einer "Variante"; das Bundesvergabegesetz definiere das "Variantenangebot" in Paragraph 20, Ziffer 33, (im Gegensatz zur nicht definierten Eventualposition). Die Ausschreibung sei daher keineswegs "eindeutig". Bei der gegenständlichen Eventualposition sei das Kennzeichen P="E" erforderlich, im Leistungsverzeichnis sei die Bezeichnung jedoch als "Z"-Position erfolgt. Es handle sich bei der gerügten Entscheidung der Auftraggeberin um einen schwerwiegenden, nicht offensichtlichen "Wurzelmangel". Zu verweisen sei auf die zweideutige Verwendung von Begriffen in der Ausschreibung, die jedoch die klare Beurteilung als "Wahlposition" (Variantenposition) unberührt lasse. Bei der Bezeichnung als "Eventualposition" handle es sich insoweit um eine unschädliche Falschbezeichnung ("falsa demonstratio"). Zudem sei im Sinne des Paragraph 915, ABGB zu berücksichtigen, dass derart schwerwiegende begriffliche Inkonsistenzen in der Ausschreibung jedenfalls zu Lasten desjenigen auszulegen seien, der sich ihrer bedient - dies sei der Auftraggeber und keinesfalls die Antragstellerin.

Die Antragstellerin habe die gegenständliche Pos. als Ausschreibungsvariante des Antragsgegners verstehen müssen, weil es sich nicht um eine zusätzliche Leistung handle, die aufgrund äußerer Umstände erforderlich werden könne. Auf Pkt. 3.3.2 des Antrages werde verwiesen, wobei abermals die Unklarheitenregel des ABGB ins Treffen geführt werde, sowie darauf, dass eine Prüfpflicht des Bieters keinesfalls überspannt werden dürfe.

Hinzuweisen sei auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum Bundesvergabegesetz 2002 (zu § 20 Z 12) wonach jene (fundamentalen) Rechtswidrigkeiten nicht saniert werden, die das gesamte Verfahren (d.h. alle gesondert anfechtbaren Entscheidungen) mit Rechtswidrigkeit belasten. Derart fundamentale "Wurzelmängel" könnten daher als Widerrufgrund noch bei der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung geltend gemacht werden (vgl. Latzenhofer, Die Reform des Rechtsschutzsystems des Bundesvergabegesetzes nach dem BVergG 2002, ZVB 2002, 211). Die Ausschreibung sei daher deshalb nicht anzufechten gewesen. Der Prokurist der Antragstellerin Ing. D*** gab bei der mündlichen Verhandlung an, dass durch die Kennzeichnung mit Sternchen bei der gegenständlichen Eventualposition es klar ersichtlich sei, dass dieser Preis bei der von der Auftraggeberin vorgegebenen Errechnung des Gesamtpreises, wie er auf dem Ausdruck erscheine, aufgrund dieser Kennzeichnung nicht Berücksichtigung finde. Hinzuweisen sei auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum Bundesvergabegesetz 2002 (zu Paragraph 20, Ziffer 12,) wonach jene (fundamentalen) Rechtswidrigkeiten nicht saniert werden, die das gesamte Verfahren (d.h. alle gesondert anfechtbaren Entscheidungen) mit Rechtswidrigkeit belasten. Derart fundamentale "Wurzelmängel" könnten daher als Widerrufgrund noch bei der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung geltend gemacht werden (vergleiche Latzenhofer, Die Reform des Rechtsschutzsystems des Bundesvergabegesetzes nach dem BVergG 2002, ZVB 2002, 211). Die Ausschreibung sei daher deshalb nicht anzufechten gewesen. Der Prokurist der Antragstellerin Ing. D*** gab bei der mündlichen Verhandlung an, dass durch die Kennzeichnung mit Sternchen bei der gegenständlichen Eventualposition es klar ersichtlich sei, dass dieser Preis bei der von der Auftraggeberin vorgegebenen Errechnung des Gesamtpreises, wie er auf dem Ausdruck erscheine, aufgrund dieser Kennzeichnung nicht Berücksichtigung finde.

Die Antragstellerin führte weiters aus, dass die gegenständliche Eventualposition tatsächlich nicht verlesen worden sei und von Antragstellerseite dies nicht gerügt worden sei. Es werde vielmehr die Rechtsauffassung vertreten, dass die zum "früheren" Bundesvergabegesetz judizierte Rügepflicht nach dem Bundesvergabegesetz 2002 nicht mehr bestehe.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

§ 81 Abs. 5 BVergG 2002 lautet: Paragraph 81, Absatz 5, BVergG 2002 lautet:

"Ist aus der Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so hat dieser umgehend dies dem Auftraggeber mitzuteilen. Der Auftraggeber hat erforderlichenfalls eine

Berichtigung gemäß § 78 durchzuführen". "Ist aus der Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so hat dieser umgehend dies dem Auftraggeber mitzuteilen. Der Auftraggeber hat erforderlichenfalls eine Berichtigung gemäß Paragraph 78, durchzuführen".

Die Antragstellerin hat im Wesentlichen vorgebracht, dass sie in ihren Rechten dadurch verletzt worden sei, dass die Position 10.58.01.600 des Leistungsverzeichnisses "Abschlag Wiederverw. best. Antrieb" als Eventualposition bezeichnet und auch als solche behandelt worden sei. Diese Bezeichnung sei unrichtig und die Position vielmehr als Ausschreibungsvariante des Auftraggebers zu qualifizieren. In Punkt 18.5 der Technischen Beschreibung zum Leistungsverzeichnis sei die Positionsnummer 58.01.600 als Variante bezeichnet worden, während sie im Leistungsverzeichnis als Eventualposition bezeichnet worden sei. Die Ausschreibung sei daher keineswegs "eindeutig". Die gegenständliche Eventualposition sei im Leistungsverzeichnis mit dem Kennzeichen "Z" anstatt richtigerweise mit dem Kennzeichen "E" gekennzeichnet. Es war somit aus der Sicht der Antragstellerin offensichtlich eine Berichtigung der Ausschreibung erforderlich.

Die Antragstellerin hat jedoch trotz dieser nicht "eindeutigen" Ausschreibungsunterlagen dem Auftraggeber keine Mitteilung iSd § 81 Abs. 5 BVergG 2002 gemacht. Hätte die Antragstellerin diese Pflicht erfüllt, hätte die Auftraggeberin eine Berichtigung der Ausschreibung gegebenenfalls vornehmen können und erforderlichenfalls die Ausschreibungsunterlagen sowie die Bekanntmachung iSd § 78 BVergG 2002 berichtigen können. Die Antragstellerin hat dies jedoch unterlassen und den vermeintlichen Mangel erst mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gerügt. Die Antragstellerin hat jedoch trotz dieser nicht "eindeutigen" Ausschreibungsunterlagen dem Auftraggeber keine Mitteilung iSd Paragraph 81, Absatz 5, BVergG 2002 gemacht. Hätte die Antragstellerin diese Pflicht erfüllt, hätte die Auftraggeberin eine Berichtigung der Ausschreibung gegebenenfalls vornehmen können und erforderlichenfalls die Ausschreibungsunterlagen sowie die Bekanntmachung iSd Paragraph 78, BVergG 2002 berichtigen können. Die Antragstellerin hat dies jedoch unterlassen und den vermeintlichen Mangel erst mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gerügt.

Gemäß § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002 ist die Ausschreibung im offenen Verfahren eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Gemäß § 169 Abs. 2 Z 1 lit. a BVergG 2002 sind Anträge auf Nachprüfung betreffend Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich beim Bundesvergabeamt im offenen Verfahren hinsichtlich der Ausschreibung spätestens 10 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Die Antragstellerin hat jedoch einen solchen Antrag erst nach Vorliegen der Zuschlagsentscheidung und somit verspätet eingebracht. Es kann damit dahingestellt bleiben, ob mit der Bezeichnung der Position 10.58.01.600 als Eventualposition ein Fehler des Auftraggebers vorliegt oder nicht, da diese Entscheidung des Auftraggebers mit der Versäumung der Frist für den Nachprüfungsantrag durch die Antragstellerin unangreifbar geworden ist. Gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, lit. a Sub-Litera, a, a, BVergG 2002 ist die Ausschreibung im offenen Verfahren eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Gemäß Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, BVergG 2002 sind Anträge auf Nachprüfung betreffend Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich beim Bundesvergabeamt im offenen Verfahren hinsichtlich der Ausschreibung spätestens 10 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Die Antragstellerin hat jedoch einen solchen Antrag erst nach Vorliegen der Zuschlagsentscheidung und somit verspätet eingebracht. Es kann damit dahingestellt bleiben, ob mit der Bezeichnung der Position 10.58.01.600 als Eventualposition ein Fehler des Auftraggebers vorliegt oder nicht, da diese Entscheidung des Auftraggebers mit der Versäumung der Frist für den Nachprüfungsantrag durch die Antragstellerin unangreifbar geworden ist.

Wie die Antragstellerin zutreffend ausführt, wurde in der Regierungsvorlage zum BVergG 2002, 1087 BlgNR XXI. GP 20, letzter Absatz zu § 20 Z 12 festgestellt, dass fundamentale Rechtswidrigkeiten, die das gesamte Verfahren (dh alle gesondert anfechtbare Entscheidungen) mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit belasten, durch die Präklusion nicht saniert werden sollen. Diese Passage findet sich jedoch im Bericht des Verfassungsausschusses, 1118 BlgNR XXI. GP 24, zu § 20 Z 13 nicht mehr, was ein Indiz dafür ist, dass der Inhalt dieses Absatzes eben so nicht gewollt war. Außerdem geht das Vorbringen der Antragstellerin, es liege ein Wurzelmangel vor, deshalb ins Leere, weil das gegenständliche Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich angesiedelt ist. Eine Ausnahme von der Präklusionswirkung wegen Vorliegen eines Wurzelmangels liegt daher im gegenständlichen Fall nicht vor. Wie die Antragstellerin zutreffend ausführt, wurde in der Regierungsvorlage zum BVergG 2002, 1087 BlgNR römisch 21. Gesetzgebungsperiode 20, letzter Absatz zu Paragraph 20, Ziffer 12, festgestellt, dass fundamentale Rechtswidrigkeiten, die das gesamte Verfahren (dh alle gesondert anfechtbare Entscheidungen) mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit belasten, durch die

Präklusion nicht saniert werden sollen. Diese Passage findet sich jedoch im Bericht des Verfassungsausschusses, 1118 BlgNR römisch 21 . Gesetzgebungsperiode 24, zu Paragraph 20, Ziffer 13, nicht mehr, was ein Indiz dafür ist, dass der Inhalt dieses Absatzes eben so nicht gewollt war. Außerdem geht das Vorbringen der Antragstellerin, es liege ein Wurzelmangel vor, deshalb ins Leere, weil das gegenständliche Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich angesiedelt ist. Eine Ausnahme von der Präklusionswirkung wegen Vorliegen eines Wurzelmangels liegt daher im gegenständlichen Fall nicht vor.

Die Ausschreibungsunterlagen sehen bei der Position 10.58.01.600 beim Positionspreis Sternchen vor. Dies bedeutet, wie der Prokurist der Antragstellerin Ing D*** in der mündlichen Verhandlung vom 27. August 2003 angab, dass "durch die Kennzeichnung mit Sternchen bei der gegenständlichen Eventualposition es klar ersichtlich war, dass dieser Preis bei der von der Auftraggeberin vorgegebenen Errechnung des Gesamtpreises, wie auch auf dem Ausdruck erscheint aufgrund dieser Kennzeichnung nicht Berücksichtigung findet". Somit war - nach den Vorgaben der Auftraggeberin - nur der Einheitspreis nicht aber der für die Errechnung des Gesamtpreises ausschlaggebende Positionspreis auszufüllen. Da wie oben bereits dargestellt von der Antragstellerin diesbezüglich weder eine Berichtigung iSd § 81 Abs. 5 BVergG 2002, noch ein Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Ausschreibung beim Bundesvergabeamt erfolgte, wurde auch diese Vorgabe der Auftraggeberin infolge Präklusion unangreifbar und war daher dementsprechend dieser Preis bei der Angebotsöffnung nicht zu verlesen und auch bei der Prüfung der Angebote und bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag nicht zu berücksichtigen. Die Ausschreibungsunterlagen sehen bei der Position 10.58.01.600 beim Positionspreis Sternchen vor. Dies bedeutet, wie der Prokurist der Antragstellerin Ing D*** in der mündlichen Verhandlung vom 27. August 2003 angab, dass "durch die Kennzeichnung mit Sternchen bei der gegenständlichen Eventualposition es klar ersichtlich war, dass dieser Preis bei der von der Auftraggeberin vorgegebenen Errechnung des Gesamtpreises, wie auch auf dem Ausdruck erscheint aufgrund dieser Kennzeichnung nicht Berücksichtigung findet". Somit war - nach den Vorgaben der Auftraggeberin - nur der Einheitspreis nicht aber der für die Errechnung des Gesamtpreises ausschlaggebende Positionspreis auszufüllen. Da wie oben bereits dargestellt von der Antragstellerin diesbezüglich weder eine Berichtigung iSd Paragraph 81, Absatz 5, BVergG 2002, noch ein Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Ausschreibung beim Bundesvergabeamt erfolgte, wurde auch diese Vorgabe der Auftraggeberin infolge Präklusion unangreifbar und war daher dementsprechend dieser Preis bei der Angebotsöffnung nicht zu verlesen und auch bei der Prüfung der Angebote und bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag nicht zu berücksichtigen.

Gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Da im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte somit keine rechtswidrigen Entscheidungen der Auftraggeberin, die nicht schon präkludiert sind, hervorgekommen sind, war der Antrag abzuweisen.

Dokumentnummer

VERGT_20030829_13N_72_03_11_00

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