

TE Verg Bescheid 2003/4/9 15N- 16/03-17

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.04.2003

Norm

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §83 Abs1 Z8

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §162 Abs2

BVergG 2002 §166 Abs1

BVergG 2002 §174 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs3

BVergG 2002 §177 Abs5

BVergG 2002 Anhang X

AVG §74 Abs1

AVG §74 Abs2

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

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 Senat 15 des Bundesvergabeamtes hat gemäß § 154 Abs. 1 Z 2 BVergG durch den Vorsitzenden Mag. Gerhard Prünster wie folgt entschieden: Der Senat 15 des Bundesvergabeamtes hat gemäß Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG durch den Vorsitzenden Mag. Gerhard Prünster wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Arlbergschnellstraße S 16 Abschnitt Flirsch - St. Jakob, Instandsetzung der hohen und mittleren Riefegalerie F 7, F 7a, F 8, F 8a und F 8b" der Auftraggeberin Alpen Straßen AG, Rennweg 10a, 6020 Innsbruck, wird dem Antrag der A*** GmbH, vertreten durch RAe DDr. X*** und Dr.Y***, vom 7. März 2003, eingelangt am 10. März 2003, "auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes sowie wegen

Rechtswidrigkeit wegen Verletzung von Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 2002", stattgegeben. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Arlbergschnellstraße S 16 Abschnitt Flirsch - St. Jakob, Instandsetzung der hohen und mittleren Riefegalerie F 7, F 7a, F 8, F 8a und F 8b" der Auftraggeberin Alpen Straßen AG, Rennweg 10a, 6020 Innsbruck, wird dem Antrag der A*** GmbH, vertreten durch RAe DDr. X*** und Dr.Y***, vom 7. März 2003, eingelangt am 10. März 2003, "auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes sowie wegen Rechtswidrigkeit wegen Verletzung von Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 2002", stattgegeben.

Die Entscheidung der Auftraggeberin vom 24. Februar 2003, den Zuschlag der B*** AG zu erteilen, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: § 174 Abs.1 iVm §§ 21 Abs.1, 83 Abs.1 Z 8 und 98 Z 8 BVerG
Rechtsgrundlage: Paragraph 174, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraphen 21, Absatz eins, 83, Absatz eins, Ziffer 8 und 98 Ziffer 8, BVerG

II.römisch zwei.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Arlbergschnellstraße S 16 Abschnitt Flirsch - St. Jakob, Instandsetzung der hohen und mittleren Riefegalerie F 7, F 7a, F 8, F 8a und F 8b" der Auftraggeberin Alpen Straßen AG, Rennweg 10a, 6020 Innsbruck, wird der Antrag der A*** GmbH, vertreten durch RAe DDr. X*** und Dr.Y***, vom 7. März 2003, eingelangt am 10. März 2003, auf "die Antragsgegner in den Ersatz der Gebühren gemäß § 177 Abs.1, Abs. 2 u. Anhang X BVerG 2002 zu verfallen", als unzulässig zurückgewiesen. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Arlbergschnellstraße S 16 Abschnitt Flirsch - St. Jakob, Instandsetzung der hohen und mittleren Riefegalerie F 7, F 7a, F 8, F 8a und F 8b" der Auftraggeberin Alpen Straßen AG, Rennweg 10a, 6020 Innsbruck, wird der Antrag der A*** GmbH, vertreten durch RAe DDr. X*** und Dr.Y***, vom 7. März 2003, eingelangt am 10. März 2003, auf "die Antragsgegner in den Ersatz der Gebühren gemäß Paragraph 177, Absatz eins,, Absatz 2, u. Anhang römisch zehn BVerG 2002 zu verfallen", als unzulässig zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 162 Abs.2 iVm 177 Abs.5 BVerG
Rechtsgrundlage: Paragraph 162, Absatz 2, in Verbindung mit 177 Absatz 5, BVerG

BEGRÜNDUNG

Die Antragstellerin stellte am 7. März 2003, gemäß § 13 Abs. 5 AVG eingelangt am 10. März 2003, die im Spruch ersichtlichen Begehren sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin stellte am 7. März 2003, gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG eingelangt am 10. März 2003, die im Spruch ersichtlichen Begehren sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass ein offenes Verfahren gemäß Bundesvergabegesetz 2002 im Unterschwellenbereich ausgeschrieben worden sei. Es habe sich um einen Bauauftrag gehandelt, der Abgabetermin sei der 15. Jänner 2003, 10.00 Uhr, gewesen und die Zuschlagsfrist habe 3 Monate betragen. Es hätten insgesamt 3 Bieter Angebote gelegt, wobei die Antragstellerin mit einer Nettoangebotssumme von Euro 1.275.592,-- Zweitgereichte hinter der B*** AG mit einer Nettoangebotssumme von Euro 1.015.516,52 gewesen sei. Der dritte Bieter sei die C*** GmbH mit einer Nettoangebotssumme von Euro 1.386.043,49 gewesen.

Die Zuschlagsentscheidung sei ihr am 24. Februar 2003 mitgeteilt worden. Die Verständigungen nach § 163 Abs. 2 und 3 BVerG 2002 seien erfolgt. Das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag werde auch zum Vorbringen des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Die Zuschlagsentscheidung sei ihr am 24. Februar 2003 mitgeteilt worden. Die Verständigungen nach Paragraph 163, Absatz 2 und 3 BVerG 2002 seien erfolgt. Das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag werde auch zum Vorbringen des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben.

Die Antragstellerin habe erfahren, dass das Offert der erstgereichten Bieterin nicht rechtsgültig unterfertigt gewesen sei. Da die B*** AG auszuscheiden gewesen wäre, sei die Antragstellerin gemäß der Reihung der Angebote Bestbieterin. Sie habe ein rechtliches Interesse am Abschluss eines Leistungsvertrages mit der Auftraggeberin. Sie sei in ihrem Recht auf ordnungsgemäße Zuschlagsentscheidung und daraus folgend auf Erteilung des Zuschlags verletzt worden. Die Zuschlagsentscheidung beruhe auf einer unrichtigen Anwendung des Gesetzes.

Begründet wird die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung konkret damit, dass das Angebot der vermeintlichen Bestbieterin nur vom Kalkulanten unterfertigt worden sei. Eine entsprechende Vollmacht habe nicht vorgelegen. Ein Kalkulant habe regelmäßig nicht die handelsrechtliche Befugnis ein Offert rechtsgültig zu fertigen. Das Fehlen einer rechtsgültigen Unterfertigung stelle einen unbehebbarer Mangel iSd. § 98 Z 8 BVergG dar und hätte zwingend zum Ausscheiden des Angebots der B*** AG führen müssen. Begründet wird die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung konkret damit, dass das Angebot der vermeintlichen Bestbieterin nur vom Kalkulanten unterfertigt worden sei. Eine entsprechende Vollmacht habe nicht vorgelegen. Ein Kalkulant habe regelmäßig nicht die handelsrechtliche Befugnis ein Offert rechtsgültig zu fertigen. Das Fehlen einer rechtsgültigen Unterfertigung stelle einen unbehebbarer Mangel iSd. Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG dar und hätte zwingend zum Ausscheiden des Angebots der B*** AG führen müssen.

Ein weiterer Mangel des Angebotes der vermeintlichen Bestbieterin liege in einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises. Wenn man den Angebotspreis der vermeintlichen Bestbieterin annehme, wäre es zwingend so, dass eine Kostendeckung (insbesondere im Hinblick auf die Subunternehmerleistungen) nicht mehr erwirtschaftet werden könnte. Die wesentlichen Positionen 02132482X, 02132482X1 und 021404132 könnten wirtschaftlich zu den angebotenen Preisen nicht ausgeführt werden. Es könnten nicht einmal die ausgabenwirksamen Herstellungskosten erwirtschaftet werden; der Gesamtpreis des Angebots der B*** AG sei daher unplausibel zusammengesetzt. Die Preise seien nicht branchenüblich und auch nicht angemessen. Es liege Unterpreisigkeit vor. Dies erkläre auch die Differenz zwischen dem Preis der Antragstellerin und dem Preis der vermeintlichen Bestbieterin. Die Antragstellerin schließe nicht aus, dass auch Kalkulationsirrtümer vorlägen; diese müssten zwingend zu einem Ausscheiden des Angebotes der B*** AG iSd § 98 Z 3 BVergG führen. Im Falle der Zuschlagserteilung würde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines fairen Wettbewerbs, Gleichbehandlung der Bieter, Ausscheidung unterpreisiger Angebote sowie Einhaltung der Ausschreibungsbestimmungen durch die Auftraggeberin verletzt. Ein weiterer Mangel des Angebotes der vermeintlichen Bestbieterin liege in einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises. Wenn man den Angebotspreis der vermeintlichen Bestbieterin annehme, wäre es zwingend so, dass eine Kostendeckung (insbesondere im Hinblick auf die Subunternehmerleistungen) nicht mehr erwirtschaftet werden könnte. Die wesentlichen Positionen 02132482X, 02132482X1 und 021404132 könnten wirtschaftlich zu den angebotenen Preisen nicht ausgeführt werden. Es könnten nicht einmal die ausgabenwirksamen Herstellungskosten erwirtschaftet werden; der Gesamtpreis des Angebots der B*** AG sei daher unplausibel zusammengesetzt. Die Preise seien nicht branchenüblich und auch nicht angemessen. Es liege Unterpreisigkeit vor. Dies erkläre auch die Differenz zwischen dem Preis der Antragstellerin und dem Preis der vermeintlichen Bestbieterin. Die Antragstellerin schließe nicht aus, dass auch Kalkulationsirrtümer vorlägen; diese müssten zwingend zu einem Ausscheiden des Angebotes der B*** AG iSd Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG führen. Im Falle der Zuschlagserteilung würde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines fairen Wettbewerbs, Gleichbehandlung der Bieter, Ausscheidung unterpreisiger Angebote sowie Einhaltung der Ausschreibungsbestimmungen durch die Auftraggeberin verletzt.

Die Auftraggeberin teilte mit Schreiben vom 11. März 2003 mit, dass es sich um ein Gesamtvorhaben handle und der geschätzte Auftragswert ohne USt Euro 1.307.000.-- betrage. Es sei vorgesehen, dass die Arbeiten im Zeitraum vom 28. April 2003 bis 24. Oktober 2003 durchgeführt werden. Eine rasche Auftragsvergabe liege im öffentlichen Interesse. Den Bietern sei mittels Fax vom 24. Februar 2003 mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, die gegenständliche Leistung an die B*** AG zu vergeben. Der Auftrag sei jedoch noch nicht vergeben worden.

In einer Stellungnahme vom 13. März 2003 brachte die Auftraggeberin weiters vor, dass die Ausschreibungsunterlagen (lediglich) eine rechtsgültig Fertigung vorsehen würden. Hierbei genüge es, dass der Bieter durch sein Angebot zivilrechtlich gebunden sei. Rechtsgültig unterfertigt sei ein Angebot auch dann, wenn der Unterzeichnende zur Fertigung entweder generell oder für den Einzelfall ermächtigt sei. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin sei keine schriftliche Vollmacht erforderlich, da gemäß § 54 HGB bezüglich der Erteilung der Handlungsvollmacht keine Formvorschrift existiere und auch keine Eintragung ins Firmenbuch erfolge. Unter Umständen könne ein Bieter auch durch Anscheinsbevollmächtigte vertreten werden. Im gegenständlichen Fall habe kein Zweifel an der Vertretungsbefugnis des Unterzeichners bestanden; aus dem Vergabeakt ergebe sich kein Hinweis, dass es an einer Bevollmächtigung gemangelt habe. Auch wenn eine Bevollmächtigung zur Unterfertigung nicht vorgelegen haben sollte, hätten die Umstände den begründeten Glauben erweckt, dass der Unterzeichner zum Geschäftsabschluss befugt gewesen sei. So sei das Geschäftspapier der vermeintlichen Bestbieterin verwendet worden und sei das

Angebot auch mit einer Firmenstampiglie versehen gewesen. Auch sei es nicht unüblich, dass Angebote für Bauaufträge dieser Größenordnung von Mitarbeitern (etwa einem Kalkulanten) und nicht vom zeichnungsberechtigten Geschäftsführer erstellt und unterfertigt würden. Es liege daher ihrer Ansicht nach kein Ausscheidungsgrund iSd § 98 BVergG vor. Das Angebot der vermeintlichen Bestbieterin habe den Anforderungen der §§ 82 und 83 leg.cit. durchaus entsprochen. In einer Stellungnahme vom 13. März 2003 brachte die Auftraggeberin weiters vor, dass die Ausschreibungsunterlagen (lediglich) eine rechtsgültig Fertigung vorsehen würden. Hierbei genüge es, dass der Bieter durch sein Angebot zivilrechtlich gebunden sei. Rechtsgültig unterfertigt sei ein Angebot auch dann, wenn der Unterzeichnende zur Fertigung entweder generell oder für den Einzelfall ermächtigt sei. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin sei keine schriftliche Vollmacht erforderlich, da gemäß Paragraph 54, HGB bezüglich der Erteilung der Handlungsvollmacht keine Formvorschrift existiere und auch keine Eintragung ins Firmenbuch erfolge. Unter Umständen könne ein Bieter auch durch Anscheinsbevollmächtigte vertreten werden. Im gegenständlichen Fall habe kein Zweifel an der Vertretungsbefugnis des Unterzeichners bestanden; aus dem Vergabeakt ergebe sich kein Hinweis, dass es an einer Bevollmächtigung gemangelt habe. Auch wenn eine Bevollmächtigung zur Unterfertigung nicht vorgelegen haben sollte, hätten die Umstände den begründeten Glauben erweckt, dass der Unterzeichner zum Geschäftsabschluss befugt gewesen sei. So sei das Geschäftspapier der vermeintlichen Bestbieterin verwendet worden und sei das Angebot auch mit einer Firmenstampiglie versehen gewesen. Auch sei es nicht unüblich, dass Angebote für Bauaufträge dieser Größenordnung von Mitarbeitern (etwa einem Kalkulanten) und nicht vom zeichnungsberechtigten Geschäftsführer erstellt und unterfertigt würden. Es liege daher ihrer Ansicht nach kein Ausscheidungsgrund iSd Paragraph 98, BVergG vor. Das Angebot der vermeintlichen Bestbieterin habe den Anforderungen der Paragraphen 82 und 83 leg.cit. durchaus entsprochen.

Das Angebot der vermeintlichen Bestbieterin sei einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen worden, in welcher die wesentlichen Positionen (02132482X, 02132482X1 und 021404132) geprüft worden seien. Laut Erklärung der Bieterin sei die Leistungsbeschreibung eindeutig und unmissverständlich gewesen und könnten die Leistungen zu den angebotenen Einheitspreisen ausgeführt werden. Die vertiefte Angebotsprüfung habe ergeben, dass die Positionspreise plausibel seien. Die Preisdifferenz zur Antragstellerin sei nicht auf einen Kalkulationsirrtum zurück zu führen, die Preise seien zwar knapp kalkuliert aber durchaus branchenüblich und angemessen.

Aufgrund der vorgelegten Unterlagen der Auftraggeberin, der Stellungnahmen der Auftraggeberin und der Antragstellerin, amtswegiger Einschau in das Firmenbuch sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin hat die gegenständlichen Leistungen im Rahmen eines offenen Verfahrens gemäß BVergG 2002 im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung erfolgte in einem Zeitraum zwischen 7. und 14. Dezember 2002 im Amtlichen Lieferungsanzeiger, im Vorarlberger Amtsblatt, im Boten für Tirol, in den Vorarlberger Nachrichten, in der Österreichischen Bauzeitung sowie in der Tiroler Tageszeitung. Verfahrensgegenstand ist die Erbringung von Bauleistungen zur Instandsetzung der hohen und mittleren Riefegalerie mit Vor- und Abbruch-, Erd-, Betoninstandsetzungs- und Abdichtungsarbeiten sowie die Aufbringung eines Oberflächenschutzes einschließlich aller Nebenarbeiten. Es handelt sich um ein Gesamtvorhaben, eine Aufteilung in Lose ist nicht erfolgt. Der geschätzte Auftragswert ohne USt beträgt Euro 1.307.000,--. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 15. Jänner 2003, 10.00 Uhr. Die Zuschlagsfrist endet am 15. April 2003. Als Zuschlagskriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen genannt: Preis 94%, Transportlogistik 3% und verkürzte Bauzeit 3%.

Gemäß Submissionsprotokoll der Angebotsöffnung vom 15. Jänner 2003 sind 3 Angebote eingelangt. Die Nettonangebotssumme der B*** AG betrug Euro 1.015.516,52, die Angebotssumme der Antragstellerin belief sich auf netto Euro 1.275.592,--. Die C*** GmbH hat ein Angebot über netto Euro 1.386.043,49 gelegt. Der Baubeginn ist mit 28. April 2003, das Ende der Arbeiten mit 24. Oktober 2003 angegeben.

Gemäß Projektleistungsverzeichnis ist (lediglich) eine rechtsgültige Unterfertigung durch die Bieterinnen gefordert. Das Angebot der B*** AG, wurde von einem Mitarbeiter der do. Kalkulationsabteilung, Herrn Ing.D***, gefertigt. Zum Zeitpunkt der Angebotslegung befand sich Herr BMSt. Ing. E***, Gesamtprokurist und Bevollmächtigter seitens der B*** AG für die Geschäftsabwicklung, im Krankenstand und war auch kein anderer vertretungsbefugter Repräsentant "verfügbar". Ing. D*** war zum Zeitpunkt der Unterfertigung des Angebots nicht vertretungsbefugt (siehe Aussagen des BMSt. Ing. E***, B*** AG, in der mündlichen Verhandlung vom 26. März 2003, sowie Einschau ins Firmenbuch zu FN 118596 g).

Den Bieterinnen wurde mit Fax vom 24. Februar 2003 mitgeteilt, dass beabsichtigt ist, die gegenständliche Leistung an die B*** AG zu vergeben. Die Angebotsprüfung erfolgte durch das Ingenieurbüro DI F*** und DI G*** ZT-Ges.m.b.H.. Am 4. Februar 2003 fand ein Aufklärungsgespräch statt, bei dem die B*** AG darauf hingewiesen hat, dass bei der Leistungsposition 021330411 das spezifische Gewicht falsch eingesetzt wurde und es sich hierbei um einen Kalkulationsirrtum gehandelt hat. Nach einer entsprechenden Korrektur beläuft sich der entsprechende Positionspreis der B*** AG nunmehr auf Euro 428.538,13; der entsprechende Positionspreis der Antragstellerin beläuft sich auf Euro 684.083,30.

Eine vertiefte Angebotsprüfung wurde bei den wesentlichen Positionen (Positionspreis größer oder gleich 3% der Nettangebotssumme oder Positionen, die in der Ausschreibung gesondert als solche gekennzeichnet wurden) durchgeführt. Wesentliche Positionen waren u.a. auch die Pos. 02132482X, 02132482X1 und 0213304132; diese wurden auch im Zuge des Aufklärungsgespräches befragt. Die Pos. 0213 wurde von der B*** AG (korrigiert) mit Euro 428.538,13 angeboten. Festgestellt wurde auch, dass die "Gerüstungspositionen" von der B*** AG zu einem sehr günstigen Preis angeboten wurden. In Zusammenschau mit der Pos. "Abschottung Verkehr" wurde die Preisdifferenz zur Antragstellerin von 7,6 % von der prüfenden Stelle jedoch als unbeachtlich angesehen (siehe Bericht über die Angebotsprüfung vom 17. Februar 2003). Zum Kalkulationsirrtum wurde festgestellt, dass bei der Preisermittlung für die Pos. 021330411 die Ansatzmenge durch den Faktor 1,2 dividiert wurde; richtig wäre jedoch eine Multiplikation mit dem Faktor 1,2 gewesen. Da laut prüfender Stelle gegenständlich ein eindeutiger und transparenter Fehler vorlag, der behebbar war, wurde nach Vorlage der entsprechenden Unterlagen das Angebot der B*** AG richtig gestellt; die Reihung der Angebote wurde dadurch nicht verändert. Zur Preisangemessenheit wurde festgestellt, dass diese grundsätzlich gegeben ist. Die Preise wurden als im Vergleich zu früheren ähnlichen Bauvorhaben als sehr niedrig bezeichnet. Es wurde kein Angebot ausgeschieden. Die B*** AG wurde als Bestbieterin ermittelt und für die Vergabe vorgeschlagen.

Am 7. März 2003, eingelangt am 10. März 2003, hat die Antragstellerin u.a. die im Spruch ersichtlichen Begehren gestellt. Die Auftraggeberin wurde rechtzeitig von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verständigt. Mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 10. März 2003 wurde die Auftraggeberin vom Einlangen eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verständigt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 14. März 2003. GZ 15N-16/03-10 stattgegeben und der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags bis 10. April 2003 untersagt.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Alpen Straßen AG ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG. Dem Vergabeverfahren liegt ein Bauauftrag iSv § 3 Abs. 1 Z 1 leg. cit. zugrunde. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro 1.307.000,-- ohne USt, womit der einschlägige Schwellenwert des § 9 Abs. 1 Z 3 BVergG von Euro 5 Mio. ohne USt jedenfalls nicht erreicht wird. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt gemäß § 162 Abs.2 BVergG zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig. Die Anträge wurden gemäß § 169 Abs. 2 Z 1 lit.c BVergG fristgerecht eingebracht. Die formalen Voraussetzungen des § 166 Abs. 1 BVergG sind erfüllt, die Anträge daher zulässig. Die Alpen Straßen AG ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Dem Vergabeverfahren liegt ein Bauauftrag iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, leg. cit. zugrunde. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro 1.307.000,-- ohne USt, womit der einschlägige Schwellenwert des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG von Euro 5 Mio. ohne USt jedenfalls nicht erreicht wird. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig. Die Anträge wurden gemäß Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, BVergG fristgerecht eingebracht. Die formalen Voraussetzungen des Paragraph 166, Absatz eins, BVergG sind erfüllt, die Anträge daher zulässig.

1. 2.Ziffer 2

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt I:

Die Auftraggeberin stellt in den Ausschreibungsunterlagen Mindestvoraussetzungen inhaltlicher Art auf. Hinsichtlich

der Fertigung der Angebote wird gegenständlich eine rechtsgültige Fertigung durch die Bieterinnen verlangt. Die Auftraggeberin ist jedoch nachträglich zugunsten einer Bieterin (der B*** AG) von ihren eigenen Bedingungen abgerückt, indem sie - trotz gegenteiliger Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen - das Angebot der B*** AG nicht ausgeschieden hat. Die Rechtswidrigkeit liegt im Nichtausscheiden des Angebots der B*** AG, da dieses nicht rechtsgültig unterfertigt war. Eine rechtsgültige Unterfertigung setzt voraus, dass der Bieter durch sein Angebot zivilrechtlich gebunden ist. Der Unterzeichner muss zur Fertigung entweder generell oder auch nur für das gegenständliche Rechtsgeschäft nachweislich berechtigt sein. Der Unterzeichner Ing. D*** ist Mitarbeiter in der Kalkulationsabteilung der B*** AG und nicht zeichnungsberechtigt. Dies ergibt sich aus den Eintragungen im Firmenbuch zu FN118596g und den diesbezüglichen Aussagen des BMSt. Ing. E*** im Rahmen der mündlichen Verhandlung. Dass zum Zeitpunkt der Angebotslegung kein Zeichnungsberechtigter der B*** AG "verfügbar" war, ist ausschließlich der Sphäre der B*** AG zuzuordnen und kann nichts daran ändern, dass deren Angebot nicht den Ausschreibungsbedingungen entspricht und daher zwingend auszuschneiden gewesen wäre.

Hiebei handelt es sich nicht um einen behebbaren Mangel. Durch ein Verbesserungsverfahren zur Behebung des Mangels der nicht ordnungsgemäßen Fertigung des Angebots würde einer Bieterin noch nach Angebotseröffnung die faktische Möglichkeit eingeräumt, sanktionslos ein ihr reuendes Angebot wieder ungeschehen zu machen, indem sie die Verbesserungsfrist untätig verstreichen lässt. Das hätte eine schwerwiegende Wettbewerbsverzerrung zur Folge. Die Mitbieterinnen dürfen darauf vertrauen, dass ein wegen nicht rechtsgültiger Fertigung den Vorgaben nicht entsprechendes Angebot sofort ausgeschieden wird. Im stark formalisierten Vergabeverfahren ist Strenge am Platz (Rummel, zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1 (5)).

Die von der Auftraggeberin gewählte Vorgangsweise verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 21 Abs.1 BVergG, da die Bieterinnen darauf vertrauen können müssen, dass die Auftraggeberin ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen auch einhält (vgl. dazu auch BVA vom 30.9.2002, N-41/02-27, in RPA 5/2002, Anm. Ditz). Nach der Rechtsprechung des EuGH verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, dass alle Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter gewährleistet ist (EuGH vom 22.6.1993, Rs C-243/89, Brücke über den Stoerebelt Rz 39). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden (EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94 Wallonische Autobusse, Rz 54, vgl. zum Gleichbehandlungsgrundsatz insbesondere auch EuGH vom 20.9.1988, Rs C-31/87, Beentjes Rz 42 sowie EuGH vom 7.12.2000, Rs C-94/99, ARGE-Gewässerschutz, Rz 24). Auch nach der Rechtsprechung des OGH ist die vergebende Stelle bei Ausschreibungen der Rechtsträger in Vollziehung privatwirtschaftlicher Agenden zur Gleichbehandlung der Bewerber verpflichtet (OGH vom 17.12.2001, 1 Ob 284/01y-Turnsaalanlage). Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin hat zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe den seitens der Auftraggeberin aufgestellten Bedingungen und den oben dargestellten allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens nicht entsprochen, da es nicht rechtsgültig unterfertigt war. Das Angebot widerspricht somit den Ausschreibungsbedingungen und hätte daher zwingend ausgeschieden werden müssen (vgl. BVA 12N-10/03- 11). Die von der Auftraggeberin gewählte Vorgangsweise verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG, da die Bieterinnen darauf vertrauen können müssen, dass die Auftraggeberin ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen auch einhält (vergleiche dazu auch BVA vom 30.9.2002, N-41/02-27, in RPA 5 aus 2002,, Anmerkung Ditz). Nach der Rechtsprechung des EuGH verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, dass alle Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter gewährleistet ist (EuGH vom 22.6.1993, Rs C-243/89, Brücke über den Stoerebelt Rz 39). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden (EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94 Wallonische Autobusse, Rz 54, vergleiche zum Gleichbehandlungsgrundsatz insbesondere auch EuGH vom 20.9.1988, Rs C-31/87, Beentjes Rz 42 sowie EuGH vom 7.12.2000, Rs C-94/99, ARGE-Gewässerschutz, Rz 24). Auch nach der Rechtsprechung des OGH ist die vergebende Stelle bei Ausschreibungen der Rechtsträger in Vollziehung privatwirtschaftlicher Agenden zur Gleichbehandlung der Bewerber verpflichtet (OGH vom 17.12.2001, 1 Ob 284/01y-Turnsaalanlage). Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin hat zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe den seitens der Auftraggeberin aufgestellten Bedingungen und den oben dargestellten allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens nicht entsprochen, da es nicht rechtsgültig unterfertigt war. Das Angebot widerspricht somit den Ausschreibungsbedingungen und hätte daher zwingend ausgeschieden werden müssen

vergleiche BVA 12N-10/03- 11).

§ 174 Abs. 1 normiert, dass eine Entscheidung des Auftraggebers für nichtig zu erklären ist, wenn sie im Widerspruch zu den Bestimmungen des BVergG oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Auf Grund dessen war die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Paragraph 174, Absatz eins, normiert, dass eine Entscheidung des Auftraggebers für nichtig zu erklären ist, wenn sie im Widerspruch zu den Bestimmungen des BVergG oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Auf Grund dessen war die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Auf die weiteren Vorbringen der Antragstellerin (Unterpreisigkeit, un plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises, etc) war daher nicht mehr einzugehen

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 74 Abs. 1 AVG hat jeder Beteiligte die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten. Entsprechend Abs. 2 leg. cit. steht einem Beteiligten gegenüber einem anderen Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch zu, wenn dies in der betreffenden Verwaltungsvorschrift vorgesehen ist. Gemäß § 177 Abs. 5 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 177 Abs. 1 oder 3 BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Gemäß Paragraph 74, Absatz eins, AVG hat jeder Beteiligte die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten. Entsprechend Absatz 2, leg. cit. steht einem Beteiligten gegenüber einem anderen Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch zu, wenn dies in der betreffenden Verwaltungsvorschrift vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 177, Absatz eins, oder 3 BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.

Den verfahrensrechtlichen Vorschriften des BVergG kann keine Bestimmung entnommen werden, die es dem Bundesvergabeamt ermöglicht, einen Beteiligten gegenüber einem anderen Beteiligten einen Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zuzubilligen. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes wird abschließend im § 162 BVergG normiert und beschränkt sich vor der Zuschlagserteilung auf die Erlassung einstweiliger Verfügungen, die Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers sowie Feststellungen nach Zuschlagserteilung oder Widerruf der Ausschreibung. Bei gegenständlich beantragtem Gebührenersatz handelt es sich um einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch, der mittels Mahnklage bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann (siehe EBRV 1087 BlgNR XXI. GP). Es besteht daher keine Zuständigkeit des BVA zur Entscheidung über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß § 177 Abs. 5 BVergG. Der Antrag war als unzulässig zurückzuweisen. Den verfahrensrechtlichen Vorschriften des BVergG kann keine Bestimmung entnommen werden, die es dem Bundesvergabeamt ermöglicht, einen Beteiligten gegenüber einem anderen Beteiligten einen Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zuzubilligen. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes wird abschließend im Paragraph 162, BVergG normiert und beschränkt sich vor der Zuschlagserteilung auf die Erlassung einstweiliger Verfügungen, die Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers sowie Feststellungen nach Zuschlagserteilung oder Widerruf der Ausschreibung. Bei gegenständlich beantragtem Gebührenersatz handelt es sich um einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch, der mittels Mahnklage bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann (siehe EBRV 1087 BlgNR römisch 21 . GP). Es besteht daher keine Zuständigkeit des BVA zur Entscheidung über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG. Der Antrag war als unzulässig zurückzuweisen.

Dokumentnummer

VERGT_20030409_15N_16_03_17_00

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