

Entscheidende Behörde

Bundesvergabeamt

Entscheidungsdatum

23.01.1998

Geschäftszahl

F-23/97-13

Text

BESCHEID:

Der Senat 6 des Bundesvergabeamtes hat am 23. Jänner 1998 unter dem Vorsitz von Dr. Wigbert Zimmermann mit den Beisitzern DDr. Herbert Zulinsky und Mag. Helmut Heindl über den Antrag der XXX Ges.m.b.H., ***, vom 17. Oktober 1997, verbessert und ergänzt am 27. Oktober 1997, auf Durchführung des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 113 Abs. 3 des Bundesvergabegesetzes 1997 - BVergG, BGBl. I Nr. 56/1997, idF BGBl. I Nr. 27/1998 betreffend die Ausschreibung von 38 Stück Elektrochirurgie-Geräte, AZ. 57.035/30-4.3/97, durch das Bundesministerium für Landesverteidigung, Abteilung Sanitätswesen,

Stiftgasse 2a, 1070 Wien, wie folgt entschieden:

Spruch:

Es wird gemäß § 113 Abs. 3 BVergG festgestellt, daß der Zuschlag wegen Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz nicht dem Bestbieter erteilt wurde.

Begründung:

Die Antragstellerin hat mit Anbringen vom 17. Oktober 1997, verbessert und ergänzt mit Anbringen vom 27. Oktober 1997, die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nach Zuschlagserteilung betreffend die Ausschreibung von 38 Stück Elektrochirurgiegeräte durch das Bundesministerium für Landesverteidigung, ZI. 94/252/00- 00/97-4.5, beantragt.

Bei dem in Streit stehenden Vergabeverfahren sei ein Alternativangebot eines Mitbieters zum Zuge gekommen, bei dem der Preis pro Zubehöreinheit anstelle von ursprünglich ATS 40.000,- nur mehr ATS 18.000,- betragen habe. Während gemäß Leistungsverzeichnis der Preis für 5 chirurgische Handgriffe per Stück anzugeben gewesen sei, wäre nach Rückfrage von der Zuschlagsempfängerin erklärt worden, daß der Preis für 5 Stück gelte. Gemäß der ÖNORM A 2050 bzw. dem Bundesvergabegesetz sei jedoch klar definiert, daß der Stückpreis mit der Anzahl zu multiplizieren sei. Da diese Vorgangsweise nicht nur bei der ersten Position, sondern auch bei der zweiten, dritten und achten Position eingehalten wurde, ergebe sich aus "diesem Fehler" ein Differenzbetrag von ca. ATS 700.000,-. Weiters sei ein anderes Gerät als das "****" als Alternativangebot akzeptiert worden, obwohl dieses nach Aufzeichnungen der Antragstellerin bei der Angebotsöffnung nicht im Leistungsverzeichnis der späteren Zuschlagsempfängerin als Alternative eingetragen gewesen sei. Die Rechtswidrigkeit seitens des Auftraggebers bestehe darin, daß die Korrektur des Stückzahlpreises eine Preisdifferenz von ATS 700.000,- ergebe und dies aufgrund der ÖNORM A 2050 und des Bundesvergabegesetzes als nicht behebbarer Mangel zu werten sei. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin sei daher vom Auftraggeber zwingend auszuschneiden gewesen. Der Schaden für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes betrage für die Antragstellerin insgesamt ATS 288.000,-.

In einer am 16. Jänner 1998 an das Bundesvergabeamt übermittelten Sachverhaltsdarstellung hat der Auftraggeber unter anderem vorgebracht, daß bei der Angebotsöffnung des gegenständlichen Vergabeverfahrens Vertreter von fünf Unternehmen anwesend gewesen seien, allerdings kein Vertreter der späteren Zuschlagsempfängerin. Verlesen und in die Niederschrift über die Angebotsöffnung eingetragen worden seien die Positionsgesamtpreise. Im Leistungsverzeichnis des Angebotes der späteren Zuschlagsempfängerin sei auf ein beiliegendes Alternativangebot hingewiesen worden, in diesem beiliegenden Alternativangebot seien jedoch nur Einzelpreise angegeben worden, diese seien auch verlesen worden. Die Positionspreise seien daraufhin von der Vorsitzenden der Kommission, die die Angebotsöffnung vorgenommen hat, errechnet und in die Niederschrift eingetragen worden. Die einzelnen Zubehörteile seien mit dem Stückpreis multipliziert, verlesen

und in die Niederschrift eingetragen worden. Dadurch sei für den Zubehörsatz ein Gesamtpreis von ATS 50.544,- errechnet worden.

Im Zuge der kaufmännischen Auswertung der technisch in Frage kommenden Geräte seien die Angebote untereinander verglichen worden. Dabei sei festgestellt worden, daß im Angebot eines Bieters der Preis für 5 Stück Handgriffe insgesamt ATS 5.191,20 und jener der zukünftigen Zuschlagsempfängerin für 5 Stück Handgriff ATS 24.750,-

betragen würde, was einen ungewöhnlich hohen Preis dargestellt hätte. Um diese Unklarheit zu beseitigen, sei die spätere Zuschlagsempfängerin fernmündlich um Aufklärung gebeten worden. Der Hinweis "per Stück" beziehe sich demnach nicht auf 1 Stück Handgriff sondern auf 1 Stück Elektrochirurgie-Grundgerät. Dies sei vom Bieter auch schriftlich bestätigt worden, eine Nachverhandlung habe nicht stattgefunden. Damit habe die Preisdifferenz zum zweitgereihten Bieter für 38 Stück Elektrochirurgiegeräte mit Zubehör ATS 268.010,-

exclusive USt. betragen. Nach Versendung des Zuschlagsschreibens und der Absagen sei bei der vergebenden Stelle ein Schreiben der Antragstellerin eingelangt, dieses habe jedoch auf das gegenständliche Verfahren keinen Einfluß gehabt.

Aufgrund der vorgelegten Unterlagen und des Ergebnisses der am 23. Jänner 1998 durchgeführten mündlichen Verhandlung steht folgender Sachverhalt fest:

Das Bundesministerium für Landesverteidigung, Abteilung Sanitätswesen, hat im März 1997 einen Lieferauftrag über 38 Stück Elektrochirurgiegeräte im offenen Verfahren unter Zl. 94/252/00-00/97-4.5 mit einer geschätzten Gesamtauftragssumme ohne USt. von

ATS 2.660.000,- ausgeschrieben und die diesbezügliche Bekanntmachung am 4. April 1997 an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften abgesendet, wobei die Bekanntmachung jedoch nicht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erschienen ist.

Bei der Angebotsöffnung am 25. Juni 1997 um 10.30 Uhr wurden insgesamt elf Angebote geöffnet und verlesen. Ein Bevollmächtigter der späteren Zuschlagsempfängerin war nicht anwesend. Im Alternativangebot der späteren Zuschlagsempfängerin findet sich für den Bereich Zubehör unter anderem folgende Angabe:

5 Stk. Handgriffe 80-219-01	per Stück ATS 4.950,-
2 Stk. Gummi-Neutral-Elektrode 80-342-02	per Stück ATS 2.500,-
2 Stk. Lanzettenelektrode, gr. 80-510-04	per Stück ATS 116,-
.	
.	
2 Stk. Messerelektroden 80-515-04	per Stück ATS 113,-"

In der Annahme, daß sich der angegebene Preis jeweils auf 1 Stück bezieht, wurde unter anderem für "5 Stück Handgriffe" ein Gesamtpreis von ATS 24.750,- errechnet. Zusammen mit den übrigen Zubehörteilen wurde somit ein Einzelpreis für den Zubehörsatz von insgesamt ATS 40.544,- errechnet und mit dem Hinweis "= Zubehör für jedes Gerät" in die Niederschrift über die Angebotsöffnung aufgenommen. Als Angebotssumme für das Angebot der späteren Zuschlagsempfängerin wurde ein Gesamtpreis von ATS 4,119.352,-

verlesen und in die Niederschrift aufgenommen.

In der Folge wurde das Amt für Wehrtechnik, Abteilung EFME, ersucht, die technische Auswertung der Angebote und Alternativangebote vorzunehmen und zu begründen. Das Ergebnis der Auswertung einschließlich der Unterlagen sollte spätestens bis 14. August 1997 schriftlich an die vergebende Stelle übermittelt werden. Im Zuge der kaufmännischen Bewertung der Angebote kamen der vergebenden Stelle Zweifel darüber, ob der Preis von ATS 4.950,- für 5 Stück Handgriffe mit dem Hinweis "per Stück" vom Bieter tatsächlich als Stückpreis gemeint war, was für 5 Stück Handgriffe einen Preis von ATS 24.750,- bedeuten würde. Dieser Preis erschien der vergebenden Stelle beim Vergleich mit anderen Angeboten nämlich ungewöhnlich hoch. Es wurde daher - offenbar am 2. September 1997 - von der zuständigen Sachbearbeiterin der vergebenden Stelle telefonisch an den Bieter herangetreten und um Aufklärung darüber ersucht, ob sich der angegebene Preis tatsächlich auf ein 1 Stück Handgriff beziehe. Der Bieter hat daraufhin telefonisch angegeben, der Hinweis "per Stück" beziehe sich nicht auf 1 Stück Handgriff, sondern auf 1 Stück Elektrochirurgie-Grundgerät. ATS 4.950,- sei daher der Preis für 5 Stück Handgriffe. Unter Bezugnahme auf dieses Telefonat hat der Bieter mit Schreiben vom 2. September 1997 an die vergebende Stelle sein Angebot über nunmehr eines von drei ursprünglich alternativ angebotenen Geräten, und zwar das teuerste und den Zubehörsatz schriftlich bestätigt. Aus dieser Aufstellung geht nun erstmals hervor, daß der Bieter 5 Stück Handgriffe mit einem Stückpreis von ATS 990,- um ATS 4.950,- anbietet. Mit Schreiben vom 2. September 1997 wurden die Bieter von der vergebenden Stelle jeweils verständigt, daß ihr Angebot entweder auszuschneiden war oder in der Bewertung verbleibt.

In der Folge wurde von der vergebenden Stelle aus dem Alternativangebot der späteren Zuschlagsempfängerin die nachträglich schriftlich bestätigte Alternative "*** per Stück ATS 72.650,-" ausgewählt und für das Zubehör ein neuer Preis von ATS 18.025,- an Stelle von ATS 40.544,- ermittelt. Mit Schreiben vom 18. September 1997 wurde der Zuschlagsempfängerin der Zuschlag zu einem Gesamtpreis von ATS 4,134.780,- erteilt.

Die Vorgangsweise des Auftraggebers ist aus vergaberechtlicher Sicht wie folgt zu beurteilen:

Der gegenständliche Lieferauftrag des Bundesministeriums für Landesverteidigung fällt mit einem geschätzten Auftragswert ohne Umsatzsteuer von ATS 2.660.000,- in den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes.

Der Auftraggeber hat dem Angebot der Zuschlagsempfängerin den Zuschlag zu einem Preis erteilt, der bei der Angebotsöffnung nicht verlesen wurde.

Die Angebotsöffnung in einem offenen Verfahren ist vom Bundesvergabegesetz mit besonderen Schutzwirkungen für die Bieter versehen. Das darin vorgesehene Verfahren soll den Bietern Fairness und Transparenz sichern. Dazu ist es notwendig, daß entsprechend den Bestimmungen der durch die Verordnung der Bundesregierung BGBl. Nr. 17/1994 für bindend erklärten ÖNORM A-2050 vom 1. Jänner 1993, insbesondere gemäß Punkt 4.2.6 und 4.2.7, alle für die Angebotsbewertung maßgeblichen Angebotsteile, vor allem alle Preise verlesen werden. Hätte der Gesetzgeber den Bestimmungen des § 46 BVergG bloß empfehlenden Charakter zuerkennen wollen, so wäre dies entsprechend deutlich zu machen gewesen. Daher ist davon auszugehen, daß die Verletzung dieser Bestimmungen unter Sanktion steht. Das Verlesen der Preise sämtlicher Angebote bei der Angebotsöffnung dient vor allem dazu, die preisliche Reihung der Angebote für die Bieter erkennbar zu machen. Ein Bieter kann aufgrund des Ergebnisses der Angebotsöffnung die Position seines Angebotes im Vergabeverfahren abschätzen. ein späteres Abgehen des Auftraggebers von einem verlesenen Preis ändert die Reihung der Angebote, ohne daß die übrigen Bieter ihre neue Position erkennen und wirksam bekämpfen können. Daher wird von nicht zum Zug gekommenen Bietern eine Divergenz zwischen verlesenem Angebotspreis und Zuschlagssumme zu Recht als schwerwiegender Verstoß gegen den Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter (§ 16 Abs. 1 BVergG) empfunden.

Eine Angebotsöffnung ist nicht wiederholbar, dabei gemachte Fehler sind nicht sanierungsfähig (vgl. Empfehlung der Bundes-Vergabekontrollkommission Zl. S-13/96-15). Bringt daher ein Auftraggeber bei der Angebotsöffnung einen Preis zur Verlesung, den ein Bieter seiner Ansicht nach so nicht angeboten hat, so hat dieser die Möglichkeit, diesen Umstand unverzüglich und noch während der Angebotsöffnung zu rügen, um eine Berücksichtigung dieses Angebotsteiles in seinem Sinne sicherzustellen. Ein Bieter, der - wie im vorliegenden Fall - ein Alternativangebot außerhalb des Leistungsverzeichnisses legt, sich dabei hinsichtlich der Preise einer mißverständlichen Ausdrucksweise bedient und zudem der Angebotsöffnung fernbleibt, hat keinen Anspruch darauf, daß ihm vom Auftraggeber nachträglich Gelegenheit gegeben wird, eine Erklärung über den von ihm angebotenen Preis abzugeben.

Indem der Auftraggeber einem Bieter nach Angebotsöffnung und damit Bekanntsein sämtlicher Angebotspreise Gelegenheit gibt zu erklären, zu welchem Preis er eine bestimmte Leistung tatsächlich anbietet, eröffnet er diesem die Möglichkeit, nachträglich Einfluß auf die Reihung seines Angebotes zu nehmen. Im gegenständlichen Fall hat der Bieter gegenüber dem Auftraggeber die nachträgliche Erklärung abgegeben, 5 Stück Handgriffe zu einem Gesamtpreis von ATS 4.950,-

anzubieten. Aufgrund des Vorbringens der Vertreter der vergebenden Stelle im Nachprüfungsverfahren ist davon auszugehen, daß der Auftraggeber auch eine Erklärung des Inhalts akzeptiert hätte, 5 Stück Handgriffe zu einem Stückpreis von ATS 4.950,- somit insgesamt ATS 24.750,- anzubieten. Diese Vorgangsweise widerspricht jedoch eindeutig der Bestimmung des § 41 Abs. 2 BVergG, wonach der Bieter während der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden ist. Daraus folgt, daß bereits zu Beginn der Zuschlagsfrist, also im Zeitpunkt der Angebotsöffnung, der Preis, zu dem ein Bieter seine Leistung anbietet, feststehen muß. Daher darf einem Bieter auch nicht die Gelegenheit gegeben werden, während der Zuschlagsfrist unter mehreren denkbaren Angebotspreisen zu wählen und eine diesbezügliche Erklärung gegenüber dem Auftraggeber abzugeben. Im Ergebnis könnte eine derartige Vorgangsweise nämlich dazu führen, daß ein Bieter in seinem Angebot bewußt mißverständliche Preisangaben macht, der Angebotsöffnung fernbleibt und nach dennoch erlangter Kenntnis der Angebotspreise seiner Mitbieter auf Nachfrage des Auftraggebers jenen Preis, mit dem er gerade noch das preisgünstigste Angebot gelegt hat, für angeboten erklärt.

Im vorliegenden Fall hätte daher der Auftraggeber den von der Zuschlagsempfängerin zunächst telefonisch und sodann mit Schreiben vom 2. September 1997 schriftlich bekanntgegebenen Preis für 5 Stück Handgriffe nicht an Stelle des bei der Angebotsöffnung verlesenen Preises für die Zuschlagserteilung heranziehen dürfen. Gleiches gilt hinsichtlich des Preises für 2 Stück Gummi-Neutral-Elektrode, 2 Stück Lanzettenelektrode sowie 2 Stück Messerelektroden. Somit konnte festgestellt werden, daß im gegenständlichen Vergabeverfahren der Zuschlag wegen Verstoßen gegen das Bundesvergabegesetz nicht dem Bestbieter erteilt wurde.