

TE Verg Bescheid 2013/8/1 N/0076-BVA/09/2013-24

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.08.2013

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319 Abs1

ABGB §914

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Sabine Prewein MAS als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 128/2013 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung Ambulatorium für physikalische Medizin Graz - HKLS-Installationen" des Auftraggebers Steiermärkische Gebietskrankenkasse, Josef-Pongratz-Platz 1, 8020 Graz, vertreten durch Y***, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 12. Juli 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Sabine Prewein MAS als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung Ambulatorium für physikalische Medizin Graz - HKLS-Installationen" des Auftraggebers Steiermärkische Gebietskrankenkasse, Josef-Pongratz-Platz 1, 8020 Graz, vertreten durch Y***, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 12. Juli 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Auftraggeberin vom 5.7.2013, das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden (Ausscheiden), für nichtig erklären", wird abgewiesen. Der Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Auftraggeberin vom 5.7.2013, das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden (Ausscheiden), für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 19 Abs 1, 129 Abs 1 Z 7, 312 Abs Z 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 19, Absatz eins, 129, Absatz eins, Ziffer 7, 312, Abs Ziffer 2, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 319 BVergG aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 3.000,-, für den Nachprüfungsantrag zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen (§ 1a RAO) zu ersetzen ist", wird abgewiesen. Der Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß Paragraph 319, BVergG aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 3.000,-, für den Nachprüfungsantrag zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen (Paragraph eins a, RAO) zu ersetzen ist", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

Mit Schriftsatz vom 12. Juli 2013 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass es sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handle, der in einem offenen Verfahren vergeben werden solle. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein entsprechendes Angebot gelegt. Die Angebotsöffnung habe am 3. Juli 2013 stattgefunden. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an erster Stelle gereiht. Am 5.7.2013 sei der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt worden. Die Ausscheidensentscheidung stütze sich auf § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG und sei wie folgt begründet worden: Mit Schriftsatz vom 12. Juli 2013 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass es sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handle, der in einem offenen Verfahren vergeben werden solle. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein entsprechendes Angebot gelegt. Die Angebotsöffnung habe am 3. Juli 2013 stattgefunden. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an erster Stelle

gereiht. Am 5.7.2013 sei der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt worden. Die Ausscheidensentscheidung stütze sich auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG und sei wie folgt begründet worden:

Besichtigung vor Ort:

Der AN ist verpflichtet sich vor Ort über die Umstände der Leistungserbringung genau zu informieren und sind diese in die Einheitspreise einzukalkulieren. Der Besichtigungstermin ist mit der Bauabteilung 0316/8035-1183 zu vereinbaren und gemeinsam durchzuführen. Die Bestätigung über die erfolgte Besichtigung ist dem Angebot beizulegen. Bei Nichteinhaltung wird das Angebot ausgeschieden.

Da Sie der Besichtigung vor Ort nicht nachgekommen sind und somit keine Bestätigung über die erfolgte Besichtigung dem Angebot beilegen konnten, war Ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 zwingend auszuschneiden. Da Sie der Besichtigung vor Ort nicht nachgekommen sind und somit keine Bestätigung über die erfolgte Besichtigung dem Angebot beilegen konnten, war Ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 zwingend auszuschneiden.

Der Auftraggeber verweise hierbei auf Pkt. 00.1203D Z des LV, welchem (als einziger Position des LV) zu entnehmen sei, dass verpflichtend eine Bestätigung über die erfolgte Besichtigung der Umstände vor Ort abzugeben sei.

Hiezu sei jedoch Folgendes hervorzuheben:

Den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere dem LV, seien auch an anderen Stellen

Regelungen hinsichtlich möglicher Ortsbesichtigungen zu entnehmen:

Pos. 97.5003 Z: Der Bieter hat die Möglichkeit, die beabsichtigten Demontagen und Provisorien, als Grundlage seiner Preisermittlung zu besichtigen.

Pos. 13 Z: Generell wird empfohlen eine Besichtigung der Anlagen vor Ort durchzuführen, da aus diesem Titel keine Mehrkosten geltend gemacht werden können.

Pos. 13.01 Z: Eine Besichtigung der Anlage wird unbedingt angeraten, weil aus diesem Titel keine Mehrkosten geltend gemacht werden können.

Zusätzlich enthalte das LV eine Reihe an Nachweisen, welche den Angeboten der Bieter beigelegt werden müssten (Pos. 00.1114Z). Die Bestätigung über eine erfolgte Ortsbesichtigung sei in dieser Position nicht aufgezählt.

Den Vorbemerkungen des LV könne entnommen werden, dass bei etwaigen Unklarheiten oder Widersprüchen in den Formulierungen nachstehende Reihenfolge im Rahmen der Auslegung gelten solle:

1. 1.Ziffer eins
Folgetext einer Position (vor dem zugehörigen Grundtext)
2. 2.Ziffer 2
Positionstext (vor den Vorbemerkungen)
3. 3.Ziffer 3
Vorbemerkungen der Unterleistungsgruppe
4. 4.Ziffer 4
Vorbemerkungen der Leistungsgruppe
5. 5.Ziffer 5
Vorbemerkungen der Leistungsbeschreibung

Dass die vom Auftraggeber angeführte Position 00.1203D Z die Bieter verpflichte, eine Bestätigung über die erfolgte Besichtigung dem Angebot beizulegen, sei richtig. Der Auftraggeber übersehe jedoch, dass an mehreren anderen Stellen des LV lediglich von einer fakultativen Ortsbesichtigung die Rede sei. Auch die in den Vorbestimmungen des LV vorgesehene Reihung im Fall von Widersprüchen werde vom Auftraggeber ignoriert.

Der Pos. 97.5003Z sei klar zu entnehmen, dass die Bieter die Möglichkeit hätten, die Baustelle zu besichtigen, hiezu jedoch keinesfalls verpflichtet seien. Ähnliche Bestimmungen würden sich in den Pos. 13Z sowie 13.01Z zu OG 21 finden. Hier werde den Bietern zwar angeraten, eine Vorortbesichtigung durchzuführen, eine Verpflichtung sei aus

diesen Positionen jedoch nicht zu entnehmen. Jede dieser drei Positionen stehe folglich im Widerspruch zu der oben angeführten Pos. 00.1203D Z.

Da den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen offensichtlich ein Widerspruch hinsichtlich einer möglichen Verpflichtung zur Beilage der Bestätigung einer Ortsbesichtigung zu entnehmen sei, komme die oben angeführte Reihung zur Anwendung. Die vom Auftraggeber vorgebrachte Position, welche von einer verpflichtenden Bestätigung ausgehe, sei Teil der Vorbemerkungen des LV. Diese seien im Fall von Widersprüchen (wie im gegenständlichen Fall) an die letzte Stelle zu reihen. Jene Positionen, welche hingegen von einer fakultativen Besichtigung ausgehen würden, würden folglich vorrangig gelten, da es sich hierbei um Positionstexte bzw. Vorbemerkungen der Leistungsgruppen handle. Das ergebe sich auch aus § 915 ABGB. Da den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen offensichtlich ein Widerspruch hinsichtlich einer möglichen Verpflichtung zur Beilage der Bestätigung einer Ortsbesichtigung zu entnehmen sei, komme die oben angeführte Reihung zur Anwendung. Die vom Auftraggeber vorgebrachte Position, welche von einer verpflichtenden Bestätigung ausgehe, sei Teil der Vorbemerkungen des LV. Diese seien im Fall von Widersprüchen (wie im gegenständlichen Fall) an die letzte Stelle zu reihen. Jene Positionen, welche hingegen von einer fakultativen Besichtigung ausgehen würden, würden folglich vorrangig gelten, da es sich hierbei um Positionstexte bzw. Vorbemerkungen der Leistungsgruppen handle. Das ergebe sich auch aus Paragraph 915, ABGB.

Aufgrund vorliegender Widersprüche und der damit verbundenen, im LV vorgesehenen Reihenfolge, habe die Antragstellerin somit davon ausgehen dürfen, dass es sich gegenständlich um eine fakultative Ortsbesichtigung handle. Diese Auffassung sei zusätzlich durch die Tatsache bekräftigt worden, dass der Antragstellerin aufgrund ihrer Tätigkeit bei diversen Baustellen des Auftraggebers die Gegebenheiten vor Ort bestens bekannt seien. Aus diesem Grund sei auch von der empfohlenen Ortsbesichtigung abgesehen worden.

Zusätzlich sei festzuhalten, dass auch die im LV enthaltene Auflistung an vom Bieter zu erbringenden Nachweisen (Pos. 00.1114Z) die in Frage stehende Bestätigung der Ortsbesichtigung nicht enthalte. Diese Tatsache habe die Antragstellerin in ihrer Ansicht bestätigt, dass eine Bestätigung über die erfolgte Ortsbesichtigung mangels diesbezüglicher Verpflichtung nicht notwendig gewesen sei. Auch das auf Seite 5 des Angebotsschreibens angeführte Formblatt, in welchem die enthaltenen Angebotsbestandteile vom Bieter "angekreuzt" werden müssten, würden keinerlei Hinweis auf die in Frage stehende Bestätigung enthalten.

Bei Gesamtbetrachtung der Ausschreibungsunterlagen habe die Antragstellerin folglich davon ausgehen dürfen, dass lediglich eine fakultative Ortsbesichtigung vorgesehen sei und die Nichtabgabe einer Bestätigung der Ortsbesichtigung selbstverständlich nicht zum Ausscheiden des Angebotes führe. Dass eine diesbezügliche Verpflichtung bestehe, ergebe sich schließlich nur aus einer einzigen kurzen Passage der Vorbemerkung. Diese sei zusätzlich - im Falle von Widersprüchen und Unklarheiten - hinsichtlich ihrer Bedeutung an die letzte Stelle zu reihen. Auch sonst finde sich in den Ausschreibungsunterlagen keinerlei Hinweis auf die vom Auftraggeber vorgebrachte verpflichtende Bestätigung, noch dazu mit Angebotsabgabe.

Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin sei somit rechtswidrig.

Die Antragstellerin erachte sich aus all diesen Gründen durch die Ausscheidensentscheidung in ihren Rechten auf Durchführung eines dem BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Nichtausscheidung ihres Angebots, auf rechtskonforme Angebotsprüfung sowie in ihrem Recht auf ausschreibungs- und gesetzeskonforme Ermittlung des Zuschlagsempfängers, verletzt.

Bei rechtskonformem Vorgehen wäre das Angebot der Antragstellerin für die Zuschlagserteilung in Betracht zu ziehen. Ihr Angebot hätte im Vergabeverfahren zu verbleiben gehabt. Das Angebot der Antragstellerin wäre nicht auszuschneiden gewesen. Der Antragstellerin entstehe durch das rechtswidrige Vorgehen des Auftraggebers ein Schaden. Weiters würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Mit Schriftsatz vom 17. Juli 2013 erstattete der Auftraggeber, vertreten durch Y***, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Die Angebotsöffnung habe am 3.7.2013 stattgefunden. Das Verfahren befinde sich im Stadium der Angebotsprüfung. Mit Telefax vom 5.7.2013 sei der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung mitgeteilt worden. Eine Zuschlagsentscheidung sei noch nicht bekannt gegeben worden. Eine Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, das Verfahren nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt worden.

Mit Schriftsatz vom 18. Juli 2013 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme:

Dem Angebot der Antragstellerin sei ein Begleitschreiben vom 2.7.2013 angeschlossen gewesen. Diesem seien einige Vorbehalte zugunsten der Antragstellerin zu entnehmen (mangels Entscheidungsrelevanz nicht abgedruckt).

Im Zuge der Angebotsprüfung sei festgestellt worden, dass die Antragstellerin nicht die zwingend in Pos. 00.1203D Z des Angebotsschreibens geforderte Vorort-Besichtigung im Beisein von Vertretern der Bauabteilung des Auftraggebers durchgeführt habe. Da es sich hierbei um eine zwingende Vorgabe handle, welche von der Antragstellerin nicht erfüllt worden sei, sei dieser mit Telefax vom 5.7.2013 die Ausscheidensentscheidung mitgeteilt worden.

Die entsprechende Festlegung in Pkt. 00.1203D Z des Angebotsschreibens sei vom Auftraggeber bewusst weit formuliert worden und umfasse ausdrücklich alle Umstände der Leistungserbringung. Der Auftraggeber habe mit dieser Verpflichtung sicher stellen wollen, dass die Bieter vor Angebotsabgabe die relevanten Umstände, die im Auftragsfall bei der Leistungserbringung zu berücksichtigen seien, selbst besichtigen und in ihrer Kalkulation entsprechend berücksichtigen würden. Für einen fachkundigen Bieter sei diese Festlegung auch unmissverständlich, klar und umfassend. Alle für die Beauftragung effektiv in Betracht kommenden Bieter - mit Ausnahme der Antragstellerin - hätten sich auch um die Vorort- Besichtigung bemüht und sich selbst über die Umstände der Leistungserbringung informiert. Zu diesen Umständen der Leistungserbringung würden insbesondere die vorgegebenen Räumlichkeiten, in denen die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zu erbringen seien, zählen. Diese Räumlichkeiten hätten entscheidende Auswirkungen etwa auf die Größe der Geräte und die damit verbundenen Möglichkeiten einer Zufahrt, Anlieferung und Einbringung derselben in das Gebäude.

Es stehe außer Streit, dass sich die Antragstellerin über diese Umstände der Leistungserbringung nicht nach den Vorgaben der Ausschreibung informiert habe. Damit stehe auch fest, dass die Antragstellerin den in der Ausschreibung bestandfest festgelegten Ausscheidensgrund erfüllt habe. Das von der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag angezogene Argument, es würden widersprüchliche Festlegungen in der Ausschreibung enthalten sein, gehe ins Leere.

Nach Mitteilung der Ausscheidensentscheidung vom 5.7.2013 habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 8.7.2013 den Auftraggeber ersucht, die fehlende Vorort-Besichtigung nachholen zu dürfen. In diesem Schreiben sei kein Hinweis darauf enthalten, die Antragstellerin wäre vor Angebotsabgabe aufgrund widersprüchlicher Festlegungen an der zwingenden Vorort-Besichtigung gehindert gewesen. Dieses Ersuchen mache vielmehr deutlich, dass der Antragstellerin ganz offensichtlich bei Angebotsabgabe ein Fehler unterlaufen sei, den sie nachträglich sanieren wollte. Hierbei handle es sich jedoch um einen unbehebbarer Angebotsmangel, welcher einer Sanierung nicht zugänglich sei. Dies habe der Auftraggeber mit Schreiben vom 10.7.2013 auch mitgeteilt.

Weiters bringe die Antragstellerin vor, im Angebotsschreiben des Auftraggebers wären Festlegungen enthalten, welche die Festlegung einer zwingenden Vorort-Besichtigung aufheben würden. Dies sei jedoch unzutreffend. Ein solches Auslegungsergebnis würde bereits an der schlichten Wortinterpretation scheitern.

Die Festlegung betreffend die zwingende Vorort-Besichtigung sei unmissverständlich, klar und umfassend formuliert. Dadurch habe der Auftraggeber sicher gestellt, dass sämtliche Umstände der Leistungserbringung von den Bietern selbst besichtigt werden müssten. Lediglich ergänzend dazu habe der Auftraggeber in den von der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag ins Treffen geführten Positionstexten darauf hingewiesen, dass seines Erachtens nach auch bestimmte Bestandteile des Gebäudes besichtigt werden sollten. Der Auftraggeber habe es für zweckmäßig erachtet, dass auch diese besonderen Umstände betreffend die Demontagen und Provisorien sowie Montage und Demontage von den Bietern selbst besichtigt würden. Dabei gehe es ausdrücklich nur um Demontagen und Provisorien. Diese Umstände würden aber unmissverständlich nicht die von Pos. 00.1203DZ des Angebotsschreibens umfassten Rahmenbedingungen, insbesondere betreffend die Zufahrt, Anlieferung und Einbringung des Gerätes in das Gebäude, betreffen. Eine Verpflichtung zur Besichtigung dieser besonderen Umstände der Leistungserbringung sei damit nach dem klaren Wortlaut nicht verbunden. Der Auftraggeber habe daher bewusst und sehr differenziert darauf hingewiesen, dass im Bezug auf diese besonderen Umstände die Möglichkeit einer Besichtigung bestehe, welche auch empfohlen und angeraten werde. In keiner der von der Antragstellerin nunmehr ins Treffen geführten Positionen sei jedoch eine Formulierung enthalten, welche die Festlegung in Position 00.1203D Z berühren würde oder gar aufgehoben hätte. Dies habe auch kein anderer Bieter in dieser Weise verstanden.

Im Ergebnis sei daher festzuhalten, dass nach einer schlichten Wortinterpretation im Angebotsschreiben keine Widersprüche bestehen würden. Daher gehe auch das Vorbringen der Antragstellerin ins Leere, wonach die Pos.

00.1203D Z nachgeordnete Bedeutung hätte. Sämtliche von der Antragstellerin ins Treffen geführten Positionstexte würden nebeneinander Gültigkeit haben, sodass kein Anwendungsfall der Zweifelsregel vorliege.

Mit Schriftsatz vom 23.7.2013 erstattete die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme. Ergänzend zu ihrem Vorbringen vom 12.7.2013 sei hinsichtlich der fehlenden Vorort-Besichtigung hervorzuheben, dass - wie auch der Auftraggeber eindeutig erkläre - Sinn und Zweck einer Vorort-Besichtigung sei, dass die Bieter vor Angebotsabgabe die relevanten Umstände selbst besichtigen und in ihrer Kalkulation entsprechend berücksichtigen würden. Dies werde von der Antragstellerin auch nicht bestritten. Da der Antragstellerin die Örtlichkeiten der Steiermärkischen GKK jedoch bestens bekannt seien, sei Sinn und Zweck der Pos.00.1203D Z erfüllt. Die Antragstellerin kenne die relevanten Umstände und habe diese auch in ihrer Kalkulation entsprechend berücksichtigt. Eine erneute Besichtigung vor Ort wäre weder für die Antragstellerin noch für den Auftraggeber sinnvoll gewesen.

Die Antragstellerin sei davon ausgegangen, dass die faktische Kenntnis der Gegebenheiten vor Ort von Relevanz sei und nicht eine bloß formelle Bestätigung. Durch die Anfrage vom 8.7.2013 habe die Antragstellerin keinen Fehler sanieren wollen, es liege ja auch keiner vor, sondern habe sich lediglich das tatsächliche Vorliegen ihrer Kenntnisse der örtlichen Gegebenheit vom Auftraggeber bestätigen lassen wollen. Hierbei handle es sich nicht um den Versuch der Sanierung eines unbehebaren Mangels. Dies entspreche auch dem Zweck der Bestätigung. Durch das nachträgliche Vorlegen der Bestätigung einer Vorort-Besichtigung würde sich die Antragstellerin auch keine verbesserte Wettbewerbssituation verschaffen. Dies wäre nicht einmal bei einer Vorort-Besichtigung nach Angebotsabgabe der Fall, da ja im offenen Verfahren das Angebot nach Ende der Angebotsfrist unveränderbar sei. Falls tatsächlich eine Bestätigung der Vorort- Besichtigung mit Angebotsabgabe vorlegen gewesen wäre, so könne die Nichtabgabe damit nur als behebbare Mangel qualifiziert werden. Der Antragstellerin sei jedoch keine Möglichkeit der Mängelbehebung gegeben worden. Da es sich um einen behebbaren Mangel handle, wäre der Auftraggeber verpflichtet gewesen, die Klärung dieses Mangels von sich aus zu veranlassen. Sollte sich aus den Ausschreibungsunterlagen tatsächlich eine umfassende Verpflichtung zur Besichtigung sämtlicher Gegebenheiten Vorort ergeben, so sei es verwunderlich, warum das Angebotsschreiben zusätzlich auch fakultative Ortsbesichtigungen vorsehe. Dies wäre bei Vorliegen einer umfassenden Besichtigungsverpflichtung nicht notwendig.

Weiters sei festzuhalten, dass aus Pos. 00.1203D Z keine eindeutigen Konsequenzen ableitbar seien. Zwar enthalte diese Position eine Bestimmung, wonach bei Nichteinhaltung das Angebot ausgeschieden werde. Worauf sich der Begriff der Nichteinhaltung jedoch beziehe, sei unklar. Die genannte Position könne nur so verstanden werden, dass ein Angebot nur dann auszuschneiden sei, wenn die Verpflichtung zur Information über die Baustelle nicht eingehalten werde. Dieser Ausscheidenstatbestand liege hier jedoch nicht vor.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass den Ausschreibungsunterlagen Widersprüche zu entnehmen seien, die schon gemäß § 915 ABGB nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen könnten. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass den Ausschreibungsunterlagen Widersprüche zu entnehmen seien, die schon gemäß Paragraph 915, ABGB nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen könnten.

Am 25. Juli 2013 erstattete der Auftraggeber einen vorbereitenden Schriftsatz. Das Vorbringen der Antragstellerin, dass ihr die Örtlichkeiten des Auftraggebers bestens bekannt seien und eine erneute Besichtigung daher weder für die Antragstellerin noch für den Auftraggeber sinnvoll gewesen wäre, sei sowohl in rechtlicher als auch in faktischer Hinsicht unzutreffend:

In Pos. 00.1203D Z des Angebotsschreibens sei eine ausdrückliche Vorort-Besichtigung mit Vertretern des Auftraggebers gefordert. Aufgrund dieser Festlegung erübrige sich die Beantwortung der Frage, ob eine tatsächliche Kenntnis die fehlende Vorort- Besichtigung substituieren könnte. Die Festlegung sei nämlich bestandsfest und müsse daher vom Auftraggeber daher auch in diesem Sinne angewandt und vollzogen werden. Jedes Absehen von dieser bestandsfesten Festlegung zugunsten eines bestimmten Bieters würde den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gravierend verletzen. Alle übrigen für den Auftrag in Frage kommenden Bieter hätten den Aufwand der Vorort- Besichtigung auf sich genommen und zwar auch dann, wenn auch diese unter Umständen die entsprechende faktische Kenntnis über die Umstände der Leistungserbringung gehabt hätten. Diesen Bietern seien dadurch Aufwendungen entstanden, die sich die Antragstellerin erspart habe.

Durch die strikte Forderung des Auftraggebers einer Vorort- Besichtigung hätte insbesondere auch die Diskussion, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine tatsächliche Kenntnis der Umstände der Leistungserbringung vorliegen

würden, bewusst vermieden werden sollen. Gerade um Auslegungsprobleme zu vermeiden habe der Auftraggeber von allen Bietern eine Vorort- Besichtigung gefordert und dabei keinerlei Ausnahmen vorgesehen. Er habe keine Bestimmung aufgenommen, dass eine Vorort- Besichtigung etwa bei entsprechender tatsächlicher Kenntnis der Umstände der Leistungserbringung verzichtbar sei. Eine solche Festlegung gebe es nicht. Die Argumentation der Antragstellerin gehe daher ins Leere. Das Ausscheiden des Angebotes sei zu Recht erfolgt. Dennoch sei festzuhalten, dass das Argument der Antragstellerin auch in faktischer Hinsicht unzutreffend sei. Die Antragstellerin sei zuletzt in der ersten Jahreshälfte 2010 im ausschreibungsgegenständlichen Bestandsobjekt tätig gewesen. Die maßgeblichen Umstände der Leistungserbringung hätten sich zwischenzeitig erheblich geändert. Dies betreffe unter anderem die konkreten Möglichkeiten der Zufahrt, Anlieferung und vor allem Einbringung der zu lieferenden und montierenden Geräte im Gebäude. Die Antragstellerin habe also keine tatsächliche Kenntnis über die maßgeblichen Umstände der Leistungserbringung. Die Antragstellerin habe somit keine gesicherte Kenntnis über die maßgeblichen Umstände der Leistungserbringung.

Mit Schreiben vom 8.7.2013 habe die Antragstellerin den Auftraggeber ausdrücklich ersucht, die Bestätigung der Besichtigung vor Ort zuzusenden. Die Antragstellerin habe somit den Auftraggeber aufgefordert, eine Bestätigung über eine Besichtigung zu übermitteln, welche gar nicht stattgefunden habe. Der Auftraggeber habe dieses Ersuchen abgelehnt. Weiters habe die Antragstellerin ersucht, kurzfristig einen Besichtigungstermin einzuräumen. Dieser Termin wäre jedoch zwangsläufig nach Ende der Angebotsfrist gelegen. Eine solche komme nicht in Betracht, der Auftraggeber habe eine nachträgliche Besichtigung zu Recht abgelehnt. Eine solche Bestätigung wäre nach der bestandsfesten Ausschreibung dem Angebot beizulegen und komme eine Vorort- Besichtigung nach Ende der Angebotsfrist keinesfalls in Betracht.

Auch das weitere Vorbringen, der Auftraggeber hätte der Antragstellerin eine Mängelbehebung rechtswidrig verwehrt, sei unzutreffend. Eine Mängelbehebung sei nämlich vergaberechtlich gar nicht zulässig gewesen. Die Bestätigung über die Vorort- Besichtigung wäre nämlich dem Angebot anzuschließen gewesen. Diese unmissverständliche Festlegung sei auch deshalb unumgänglich, da die Kenntnisse, welche die Bieter durch die Vorort- Besichtigung persönlich erfahren hätten, in der Kalkulation zu berücksichtigen gewesen sei. Hätte die Vorort- Besichtigung erst nach Ende der Angebotsfrist stattgefunden, wäre eine solche Berücksichtigung der Erkenntnisse in der Angebotskalkulation gerade nicht möglich gewesen.

Die Antragstellerin bringe weiters vor, der Begriff "Nichteinhaltung" in Pos. 00.1203DZ des Angebotsschreibens wäre unklar. Es sei nicht zu erkennen, worauf sich dieser Begriff konkret beziehen würde. Dieses Vorbringen sei unzutreffend. Aus einer schlichten Wortinterpretation dieser Festlegung ergebe sich zweifelsfrei, dass der Begriff "Nichteinhaltung" sich auf den vorstehenden Satz beziehe (die Bestätigung über die erfolgte Besichtigung ist dem Angebot beizuschließen). Eine andere Auslegung sei nicht möglich. Würde sich die Nichteinhaltung nicht auf die Besichtigungsbestätigung, die dem Angebot beizulegen sei, beziehen, wäre der zweite Satz völlig inhaltsleer. Aufgrund der Wortinterpretation stehe fest, dass das Angebot dann auszuschneiden sei, wenn die Bestätigung über eine erfolgte Besichtigung dem Angebot nicht angeschlossen worden sei.

Am 29. Juli 2013 fand eine mündliche Verhandlung statt. Im Folgenden die Ergebnisse soweit entscheidungsrelevant:

Über Befragen, wie es dazu gekommen sei, dass in der Ausschreibung unterschiedliche Bestimmungen hinsichtlich Vorort- Besichtigungen festgelegt seien, erläuterte Y***, dass es keine widersprüchlichen Vorgaben hiezu in der Ausschreibung gebe. Für den Auftraggeber sei eine gemeinsame Vorort-Besichtigung mit den Bietern ganz entscheidend gewesen, weil die örtlichen Gegebenheiten - insbesondere für den Abtransport und vor allem auch für das Einbringen der Geräte - sehr spezifisch seien. Die gesamte Bauabwicklung müsse während aufrechten Betriebs im Gebäude und insbesondere auch im Zusammenhang mit dem Patientenverkehr gewährleistet sein. Es seien zum Teil erhebliche "Umwege" in Kauf zu nehmen und entsprechend in der Kalkulation abzubilden.

L*** (Auftraggeber) ergänzte, dass die gemeinsame Vorort- Besichtigung vor allem der Kalkulationssicherheit der Bieter dienen solle, da die Umstände Vorort "spezielle" Umstände seien. Dies betreffe überwiegend die Sicherheit der Patienten während des Baubetriebes. Auch die Baustelleneinrichtung befinde sich nicht unmittelbar im Objekt selbst, sondern auf der gegenüberliegenden Seite des Gebäudekomplexes/Baustellenbereiches. Es würden die ganzen Wege abgegangen, beginnend mit dem Bereich der Baustelleneinrichtung, dem Zugang zu den Baustellen, den Einbringungsmöglichkeiten und Demontagen für größere Geräte und auch die örtlichen Gegebenheiten der Baustelle

selbst. Das Bauvorhaben werde in zwei Abschnitten abgewickelt. In diesem Zusammenhang sei es auch erforderlich, entsprechende Provisorien für die Aufrechterhaltung des Betriebes zu errichten. Dies betreffe für den ersten Bauabschnitt insbesondere die Weiterführung der alten Lüftungsanlagen, Heizung, Sanitäranlagen etc. Das eben Gesagte betreffe sowohl die verpflichtende gemeinsame Vorort- Besichtigung als auch die fakultativ "angebotenen" Besichtigungsmöglichkeiten.

Y*** erläuterte weiters, dass es für den Auftraggeber wichtig gewesen sei, dass jeder Bieter gemeinsam mit dem Auftraggeber die Umstände der Leistungserbringung zu besichtigen habe. Die zahlreichen weiteren "fakultativen" Besichtigungsmöglichkeiten würden hingegen im Interesse des jeweiligen Bieters zur Erstellung seiner Kalkulation liegen.

Y*** bestätigte, dass die Antragstellerin keine gemeinsame Vorort- Besichtigung mit dem Auftraggeber durchgeführt habe.

Über Befragen, ob die Antragstellerin gemeinsam mit dem Auftraggeber eine Vorort-Besichtigung gemäß Pkt. 00.1203D Z durchgeführt habe, wird dies von der Antragstellerin verneint. Die Antragstellerin habe die Baustelle sehr wohl besichtigt, jedoch nicht gemeinsam mit der Bauabteilung des Auftraggebers. Ihr seien die Umstände der Leistungserbringung bekannt und seien diese in ihre Kalkulation eingeflossen. Der Pkt. 00.1203D Z sei der Antragstellerin sehr wohl bewusst gewesen, habe diesen jedoch nicht so interpretiert, wie dies der Auftraggeber offensichtlich tue. Für die Antragstellerin sei der erste Satz der genannten Bestimmung die Quintessenz dieser Auftraggeberfestlegung gewesen.

X*** ergänzte hiez zu, dass die wirklich wichtigen Themen einer Besichtigung gerade jene seien, für die eine fakultative Besichtigungsmöglichkeit laut Ausschreibung vorgesehen gewesen sei. Dies betreffe vor allem die Provisorien und Demontagen. Die besonderen und wesentlichen Umstände der Leistungserbringung würden sich hingegen bereits in der Ausschreibung selbst finden. Die Baustelle sei vom Kalkulanten der Antragstellerin begangen worden.

Über Befragen erklärte L***, dass - bis auf eine weitere Ausnahme - sämtliche Bieter, welche ein Angebot gelegt hätten, gemeinsam mit dem Auftraggeber die Vorort- Besichtigung durchgeführt hätten.

Über Befragen erklärte Y***, dass auch die fakultativ durchzuführenden Besichtigungen nur zusammen mit der Bauabteilung des Auftraggebers durchzuführen gewesen seien, da die neuralgischen Bereiche der Baustelle für Außenstehende nicht zugänglich seien. Sämtliche Besichtigungen seien im Rahmen der zwingenden gemeinsamen Besichtigung durchzuführen. Es sei nicht so, dass es sich in den Pos.975003, 13.Z, 13.01Z usw. um "fakultative" Besichtigungsmöglichkeiten für Bieter handle. Den Ausdruck "fakultativ" lehne der Auftraggeber ab. Die Bieter hätten die Möglichkeit, im Beisein des Auftraggebers im Zuge der verpflichtenden gemeinsamen Vorort-Besichtigung auch die Provisorien und Demontagen zu besichtigen.

X*** replizierte, dass sich die oben dargestellte Intention des Auftraggebers nicht aus den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere nicht aus der fakultativen Besichtigungsmöglichkeit, ergebe. Insbesondere stehe hier: Der Bieter habe die

Möglichkeit.....(vgl. Pos. 97.5003Z).Möglichkeit.....vergleiche Pos. 97.5003Z).

Y*** brachte vor, dass die Interpretation des M*** hinsichtlich Pos. 00.1203D Z den dritten Absatz dieser Bestimmung völlig außer Acht lasse, wo es eine klare Ausscheidenssanktion gebe.

X*** wies diesbezüglich auf die Widerspruchsregelung auf Seite 7 der Ausschreibungsunterlagen hin.

M*** gab weiter zu Protokoll, dass er im Jahre 2011 im Zuge einer Baustelle selbst mit einem Vertreter des Auftraggebers, Herrn O***, die Örtlichkeit besichtigt habe. Im zweiten Untergeschoß sei er im Zuge dieser Begehung jedoch nicht gewesen.

Über Befragen, wie im Schreiben vom 8.7.2013 die Formulierung "wir ersuchen Sie daher uns die Bestätigung der Besichtigung vor Ort zuzusenden....", zu verstehen sei, erklärte X***: Keinesfalls sei es das Ansinnen der Antragstellerin gewesen, den Auftraggeber dazu zu verhalten, eine Urkunde über etwas auszustellen, was tatsächlich nicht gewesen sei. Dies ergebe sich auch aus dem zweiten Halbsatz des genannten zweiten Absatzes, wo die Antragstellerin ersucht habe, einen Besichtigungstermin bekannt gegeben zu bekommen.

Über Befragen erklärte M****, dass er im Schreiben vom 8.7.2013 den Auftraggeber ersucht habe, den Vorort-

Besichtigungstermin nachholen zu können. Dies hätte jedoch keine Auswirkung auf die Kalkulation mehr haben können. Außerdem sei die faktische Kenntnis ausreichend gewesen. Die Antragstellerin glaube jedoch nicht, dass diese nach Angebotsöffnung nachholbar sei. Nachholbar sei jedoch die Vorlage der Bestätigung der Besichtigung.

Über Befragen, ob die Antragstellerin den Auftraggeber gefragt habe, ob sie trotz ihrer umfassenden Kenntnis der Örtlichkeit und der Umstände der Leistungserbringung zwingend die Baustelle mit dem Auftraggeber vor Ort besichtigen müsse, wird dies von M*** verneint.

Y*** brachte vor, dass wenn die Antragstellerin ihre umfassende und genaue Kenntnis der Umstände vor Ort anspreche, dies nicht den Tatsachen entspreche.

Aufgrund des Vorbringens der Parteien, der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 29. Juli 2013, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Punkt 00.1203 D Z der Ausschreibung lautet:

Besichtigung vor Ort:

Der AN ist verpflichtet sich vor Ort über die Umstände der Leistungserbringung genau zu informieren und sind diese in die Einheitspreise einzukalkulieren. Der Besichtigungstermin ist mit der Bauabteilung 0316/8035-1183 zu vereinbaren und gemeinsam durchzuführen. Die Bestätigung über die erfolgte Besichtigung ist dem Angebot beizulegen. Bei Nichteinhaltung wird das Angebot ausgeschieden.

Pos. 97.5003 Z lautet:

Der Bieter hat die Möglichkeit, die beabsichtigten Demontagen und Provisorien, als Grundlage seiner Preisermittlung zu besichtigen.

Pos. 13 Z lautet:

Generell wird empfohlen eine Besichtigung der Anlagen vor Ort durchzuführen, da aus diesem Titel keine Mehrkosten geltend gemacht werden können.

Pos. 13.01 Z lautet:

Eine Besichtigung der Anlage wird unbedingt angeraten, weil aus diesem Titel keine Mehrkosten geltend gemacht werden können.

Pos. 00.1114Z lautet:

Zum Nachweis oder zur Beurteilung der Zuverlässigkeit werden verlangt

Strafregisterauszug [.....]

Erklärung des Unternehmers [.....]

Auskunft Verwaltungsstrafevidenz [.....]

Seite 5 des Angebotsschreibens, Punkt 17, sieht Folgendes vor:

Diesem Angebotsschreiben sind folgende Beilagen als weitere Bestandteile des Angebotes angeschlossen:

17.1 [....]

Bitte ab 17.2 die Blattanzahl angeben oder die Kästchen ankreuzen!

17.2 [...]

17.7: Hier findet sich ein leeres Kästchen, in das der Bieter selbst weitere Bestandteile des Angebotes (soweit vorhanden) eintragen kann.

Eine gemeinsame Vorort-Besichtigung mit der Bauabteilung des Auftraggebers vor Angebotslegung hat nicht stattgefunden (Angaben L*** und M***). In der Folge lag ihrem Angebot auch keine Bestätigung über die Vorort-Besichtigung bei. Mit Schreiben vom 5.7.2013 wurde das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden.

Ausscheidensentscheidung vom 5.7.2013:

Sanierung Ambulatorium f. physikalische Medizin Graz Ausschreibung - HKLS-Installationen

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für Ihre Teilnahme am oben angeführten Vergabeverfahren und bedauern Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden werden musste. Wir bedanken uns für Ihre Teilnahme am oben angeführten Vergabeverfahren und bedauern Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden werden musste.

In den Ausschreibungsunterlagen, Seite 14 (Pkt. 00.1203D Z), wurde folgendes festgehalten:

"Besichtigung vor Ort:

Der AN ist verpflichtet sich vor Ort über die Umstände der Leistungserbringung genau zu informieren und sind diese in die Einheitspreise einzukalkulieren. Der Besichtigungstermin ist mit der Bauabteilung 0316 /8035-1183 zu vereinbaren und gemeinsam durchzuführen. Die Bestätigung über die erfolgte Besichtigung ist dem Angebot beizulegen. Bei Nichteinhaltung wird das Angebot ausgeschieden."

Da Sie der Besichtigung vor Ort nicht nachgekommen sind und somit keine Bestätigung über die erfolgte Besichtigung dem Angebot beilegen konnten, war Ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 zwingend auszuschneiden. Da Sie der Besichtigung vor Ort nicht nachgekommen sind und somit keine Bestätigung über die erfolgte Besichtigung dem Angebot beilegen konnten, war Ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 zwingend auszuschneiden.

Schreiben der Antragstellerin vom 8.7.2013 an den Auftraggeber:

Betrifft: Sanierung Ambulatorium f. physikalische Medizin Graz HKLS-Installationen

Wie heute bereits telefoniert habe ich fest, dass mir und unseren Mitarbeitern, aufgrund der diversen Baustellen in der GKK die Örtlichkeiten vor Ort bestens bekannt sind.

Die im Leistungsverzeichnis beschriebenen erschwerten Bedingungen der Leistungserbringung wurden von uns selbstverständlich der Kalkulation zu Grunde gelegt.

Wir ersuchen Sie daher um die Bestätigung der Besichtigung vor Ort zu zusenden oder uns kurzfristig einen Besichtigungstermin zu nennen nach welchem uns die Bestätigung übergeben wird.

Wir halten ausdrücklich fest, dass in unserem Angebot alle im Leistungsverzeichnis angeführten Punkte in der Kalkulation berücksichtigt wurden, wir erachten die offizielle Begehung und Beglaubigung derselben daher als reinen Formalakt und somit behebbaren Mangel.

Mit der Bitte um Zusendung des Schreibens bzw. Terminbekanntgabe bis längstens Dienstag, dem 09.07.2013 16:00 Uhr verbleiben wir

Schreiben des Auftraggebers an die Antragstellerin vom 10.7.2013:

Sanierung Ambulatorium f. physikalische Medizin Graz Ausschreibung - HKLS-Installationen

Bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 08.07.2013 halten wir ergänzend zu unserem Schreiben vom 05.07.2013 fest, dass es nicht im Ermessen des Auftraggebers liegt, ob ein Angebot auszuschneiden ist oder nicht. Wir sind verpflichtet, ein Angebot auszuschneiden, wenn einer der Ausscheidungsgründe vorliegt. Im gegenständlichen Fall wurde in der Ausschreibung festgelegt, dass, sofern keine gemeinsame Besichtigung vor Ort erfolgt, das Angebot ausgeschieden wird.

Eine - wie in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene - gemeinsame Besichtigung Ihrerseits ist nicht erfolgt. Die Nichteinhaltung dieser Vorgabe stellt unter anderem auf Grund der bestandsfesten Festlegung in der Ausschreibung - entgegen Ihrer Ansicht - keinen behebbaren Mangel dar. Ihr Angebot war sohin entsprechend den bestandsfesten und verbindlichen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sowie gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 zwingend auszuschneiden. Eine - wie in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene - gemeinsame Besichtigung Ihrerseits ist nicht erfolgt. Die Nichteinhaltung dieser Vorgabe stellt unter anderem auf Grund der bestandsfesten Festlegung in der Ausschreibung - entgegen Ihrer Ansicht - keinen behebbaren Mangel dar. Ihr Angebot war sohin entsprechend den bestandsfesten und verbindlichen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sowie gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 zwingend auszuschneiden.

Ihrem Ansuchen um einen nachtraglichen Besichtigungstermin kann somit nicht nachgekommen werden, weil dies den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes widersprechen würde.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Steiermärkische Gebietskrankenkasse. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Steiermärkische Gebietskrankenkasse. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Es handelt sich um einen Bauauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Unterschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Die Ausscheidensentscheidung wurde der Antragstellerin am 5.7.2013 bekannt gegeben. Der Antrag auf Nichtigerklärung wurde am 12.7.2013 eingebracht und ist somit rechtzeitig. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Die Ausscheidensentscheidung wurde der Antragstellerin am 5.7.2013 bekannt gegeben. Der Antrag auf Nichtigerklärung wurde am 12.7.2013 eingebracht und ist somit rechtzeitig.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde der Zuschlag erteilt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG ist gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG ist gegeben.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Die Ausschreibung wurde innerhalb der vorgesehenen Frist nicht angefochten. Sie ist daher bestandfest geworden (vgl VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 ua; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 15.3.2012, N/0016-BVA/09/2012-42 uva). Die Versäumung der Frist zur Anfechtung führt zur endgültigen Präklusion. Es ist der Nachprüfungsbehörde verwehrt, die Rechtswidrigkeit solcher bestandskräftig gewordenen Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (vgl Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel § 321 Rz 9). Die Ausschreibung wurde innerhalb der vorgesehenen Frist nicht angefochten. Sie ist daher bestandfest geworden vergleiche VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 ua; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 15.3.2012, N/0016-BVA/09/2012-42 uva). Die Versäumung der Frist zur Anfechtung führt zur endgültigen Präklusion. Es ist der Nachprüfungsbehörde verwehrt, die Rechtswidrigkeit solcher bestandskräftig gewordenen Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen vergleiche Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Paragraph 321, Rz 9).

Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind in der Folge an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die bestandfeste Ausschreibung stellt die unabänderliche Grundlage für die Angebotsprüfung und -bewertung dar (vgl auch BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26; N/0016-BVA/09/2012-42). Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung. Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind in der Folge an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die bestandfeste Ausschreibung stellt die unabänderliche Grundlage für die

Angebotsprüfung und -bewertung dar vergleiche auch BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26; N/0016-BVA/09/2012-42). Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung.

Die entscheidungsrelevante Bestimmung der bestandfesten Ausschreibung lautet:

Besichtigung vor Ort:

Der AN ist verpflichtet sich vor Ort über die Umstände der Leistungserbringung genau zu informieren und sind diese in die Einheitspreise einzukalkulieren. Der Besichtigungstermin ist mit der Bauabteilung 0316/8035-1183 zu vereinbaren und gemeinsam durchzuführen. Die Bestätigung über die erfolgte Besichtigung ist dem Angebot beizulegen. Bei Nichteinhaltung wird das Angebot ausgeschrieben.

Es ist nunmehr zu untersuchen, wie diese Bestimmung zu verstehen ist (objektiver Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmung):

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsbestimmungen sind nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren, den ein durchschnittlicher fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt verstehen muss (vgl etwa VwGH 1.7.2010, 2006/04/0139; 12.5.2011, 2008/04/0087 unter Berufung auf EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00 SIAC und 17.11.2004, Rs C-448/01 EVN AG & Wienstrom GmbH). Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007- 20; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva.). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsbestimmungen sind nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren, den ein durchschnittlicher fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt verstehen muss vergleiche etwa VwGH 1.7.2010, 2006/04/0139; 12.5.2011, 2008/04/0087 unter Berufung auf EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00 SIAC und 17.11.2004, Rs C-448/01 EVN AG & Wienstrom GmbH). Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007- 20; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva.).

Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (vgl VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vgl auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8) Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vergleiche auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8).

Aus dem objektiven Erklärungswert der genannten bestandfesten Bestimmung ergibt

sich unzweifelhaft, dass die Bieter verpflichtet sind, gemeinsam mit der

Bauabteilung des Auftraggebers eine Besichtigung vor Ort durchzuführen. Dies

ergibt sich bereits eindeutig aus der Verwendung des Wortes "ist"

(verpflichtet). Die vom Auftraggeber gewählte Formulierung lässt keinen

Spielraum für eine Interpretation in einer etwa bloß fakultativen Möglichkeit

einer Vorort-Besichtigung oder gar eines Entfalls dieser klaren Verpflichtung

der obligatorischen Vorort-Besichtigung, wenn etwa ein Bieter die Örtlichkeit

und die Umstände der Leistungserbringung auf der Baustelle bereits kennen

sollte. Hätte der Auftraggeber den Bieter freistellen wollen, eine gemeinsame

Vorort-Besichtigung vorzunehmen oder auf eine solche auch zu verzichten, hätte

er eine entsprechende Formulierung gewählt bzw zu wählen gehabt (etwa "kann sich

vor Ort....."; oder "falls dem AN die konkreten Örtlichkeiten und Umstände der

Leistungserbringung bereits bekannt sind, entfällt diese Verpflichtung"). Dies

hat der Auftraggeber aber gerade nicht getan. Durch die klare Formulierung "ist

verpflichtet....." bringt der Auftraggeber unmissverständlich die Vorgabe

der - für alle Bieter verpflichtenden - der Angebotslegung vorausgehenden gemeinsamen Ortsbesichtigung zum Ausdruck.

Der Antragstellerin war diese Bestimmung auch bekannt und bewusst (vgl Angaben des M*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 4). Die Antragstellerin hat diese Festlegung jedoch in unzutreffender Weise ausgelegt. Der Antragstellerin war diese Bestimmung auch bekannt und bewusst vergleiche Angaben des M*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 4). Die Antragstellerin hat diese Festlegung jedoch in unzutreffender Weise ausgelegt.

Aus der Tatsache der obligatorisch und unbedingt vorgeschriebenen Vorort-Besichtigung folgt, dass selbst eine allfällige tatsächliche Kenntnis hinsichtlich der Örtlichkeit bzw der konkreten Umstände der Leistungserbringung den Bieter nicht von der Vornahme der verpflichtenden gemeinsamen Vorort-Besichtigung zu entbinden vermag. Auf eine faktische, tatsächliche Kenntnis der Umstände der Leistungserbringung bzw der Baustelle - wie sie die Antragstellerin für sich in Anspruch nimmt und welche der Auftraggeber jedoch bestreitet - kommt es nicht an. Eine solche ist irrelevant. Wenn die Antragstellerin der Ansicht ist, dass es lediglich auf die tatsächliche Kenntnis der Umstände der Leistungserbringung und der örtlichen Gegebenheiten der Baustelle ankommt, hätte sie die entsprechende - dieser Ansicht entgegenstehende - Bestimmung der Ausschreibung anfechten müssen.

Weiters ergibt sich aus der zitierten Bestimmung unmissverständlich, dass über die erfolgte gemeinsame Vorort-Besichtigung des Bieters mit dem Auftraggeber eine Bestätigung ausgestellt wird und diese - zwingend - dem Angebot beizulegen ist.

Die Nichteinhaltung der Verpflichtung zur obligatorischen gemeinsamen Vorort-Besichtigung und in der Folge die Nichtvorlage der entsprechenden Bestätigung mit dem Angebot wurde ausdrücklich unter Ausscheidenssanktion gestellt (vgl Pkt 00.1203D Z). Die Nichteinhaltung der Verpflichtung zur obligatorischen gemeinsamen Vorort-Besichtigung und in der Folge die Nichtvorlage der entsprechenden Bestätigung mit dem Angebot wurde ausdrücklich unter Ausscheidenssanktion gestellt vergleiche Pkt 00.1203D Z).

An anderer Stelle der Ausschreibung finden sich weitere Bestimmungen zur Vorort-Besichtigung (beispielsweise):

Pos. 97.5003 Z lautet:

Der Bieter hat die Möglichkeit, die beabsichtigten Demontagen und Provisorien, als Grundlage seiner Preisermittlung zu besichtigen.

Pos. 13 Z lautet:

Generell wird empfohlen eine Besichtigung der Anlagen vor Ort durchzuführen, da aus diesem Titel keine Mehrkosten geltend gemacht werden können.

Pos. 13.01 Z lautet:

Eine Besichtigung der Anlage wird unbedingt angeraten, weil aus diesem Titel keine Mehrkosten geltend gemacht werden können.

Aus dem objektiven Erklärungswert dieser Bestimmungen ergibt sich eindeutig, dass den Bietern hier lediglich empfohlen bzw angeraten wird, die Anlage bzw die beabsichtigten Provisorien und Demontagen vor Ort zu besichtigen. Nicht zu entnehmen ist diesen Regelungen allerdings, dass diese "freiwilligen" Besichtigungen nur im Zuge der obligatorischen Vorort-Besichtigung gemeinsam mit dem Auftraggeber zu erfolgen hätten, wie der Auftraggeber nunmehr angibt.

Nach den Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung seien diese Bestimmungen dahin gehend zu verstehen, dass es sich hierbei nicht um - zur verpflichtenden gemeinsamen Vorort-Besichtigung hinzutretende - zusätzliche "fakultative" Besichtigungsmöglichkeiten bzw -termine durch Bieter alleine (ohne die Bauabteilung des Auftraggebers) handelt. Vielmehr sollten diese Besichtigungen im Rahmen der verpflichtenden gemeinsamen Vorort-Besichtigung erfolgen. Die "neuralgischen" Bereiche der Baustelle seien nämlich für Außenstehende ohne Begleitung durch einen Vertreter des Auftraggebers nicht zugänglich (siehe VH-Schrift Seite 5).

Letztlich kann jedoch die Frage der Art der Durchführung der "fakultativen", freiwilligen Besichtigungen bzw wie diese tatsächlich zu erfolgen haben, aber ohnedies dahingestellt bleiben. Wie und in welchem Rahmen auch immer die "fakultativen" Besichtigungen ablaufen mögen, vermag nämlich an der Tatsache der bestandfest vorgegebenen verpflichtenden gemeinsamen Vorort-Besichtigung (Pkt 00.1203D Z) nichts zu ändern (siehe auch unten).

Die von der Antragstellerin ins Treffen geführten Positionen 97.5003 Z, 13.Z und 13.01 Z, vermögen deren Standpunkt, dass auch die in Pkt 00.1203D Z vorgesehene Vorort-Besichtigung lediglich fakultativ sein solle bzw dass die zit Positionen in Widerspruch zu Pkt 00.1203D Z stehen würden und somit die Widerspruchsregelung der Ausschreibung zum Tragen komme, nicht zu stützen:

Die Antragstellerin vermeint, aus den Bestimmungen der Positionen 97.5003 Z,

1. 13.Ziffer 13

Z und 13.01 Z ableiten zu können, dass der Auftraggeber den Bietern damit lediglich die Möglichkeit einer Besichtigung eröffne bzw eine solche bloß empfehle, sodass es diesen überhaupt und insgesamt freistehe, die Baustelle zu besichtigen und sich über die Umstände der Leistungserbringung zu informieren oder dies nicht zu tun. Dies nach deren Gutdünken. Es solle demnach also überhaupt keine verpflichtende Vorort-Besichtigung geben.

Damit setzt sich die Antragstellerin jedoch über den ausdrücklichen und klaren Wortlaut der Bestimmung in Pkt 00.1203D Z hinweg und missversteht darüber hinaus Sinn und Zweck der Bestimmungen über die obligatorische Besichtigung einerseits und die freiwilligen Besichtigungen andererseits. Die zwingende gemeinsame Vorortbesichtigung ist vornehmlich im Interesse des Auftraggebers gelegen, da die Örtlichkeiten "spezifische Umstände" darstellen, von denen ua auch die Sicherheit der Patienten während des Baubetriebes betroffen ist. Die "fakultativen" Besichtigungen liegen hingegen vor allem im Interesse des Bieters zur Erstellung seiner Kalkulation (siehe Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung).

Die "empfohlene" bzw "angeratene" Besichtigung der Anlage sowie der beabsichtigten Demontagen und Provisorien durch den Bieter vermag daher jedenfalls die verpflichtende gemeinsame Besichtigung der Baustelle mit der Bauabteilung des Auftraggebers nicht zu ersetzen.

Die Auffassung, dass es sich bei der in Punkt 00.1203D Z normierten Ortsbesichtigung um eine bloß fakultative Möglichkeit und somit um keine Verpflichtung der Bieter handeln sollte, wie dies die Antragstellerin in diversen Aussagen zum Ausdruck bringt, ist mit den bestandfesten Ausschreibungsgrundlagen nicht in Einklang zu bringen.

Weiters bringt die Antragstellerin vor, dass sich aus Pos 00.1114 Z nicht ergeben würde, dass dem Angebot zwingend die Bestätigung über eine erfolgte Ortsbesichtigung beizulegen sei:

Hiezu ist festzuhalten, dass sich die Verpflichtung der zwingenden Beilegung der Bestätigung über die gemeinsame

Vorort-Besichtigung bereits eindeutig und bestandfest aus Punkt 00.1203D Z ergibt. Eine nochmalige Nennung der "Bestätigung über die Ortsbesichtigung" in einer weiteren Position des LV ist nicht notwendig. Die Verpflichtung zur Vorlage der entsprechenden Bestätigung wird bereits zusammen mit der Verpflichtung zur Durchführung der Besichtigung geregelt und bestandfest normiert. Der Umstand, dass die dem Angebot verpflichtend beizulegende Bestätigung über die durchgeführte Ortsbesichtigung in einer weiteren Position nicht nochmals extra angeführt ist, ist sohin ohne Belang. Anzumerken ist hierzu auch, dass die von der Antragstellerin diesbezüglich herangezogene Position 00.1114 Z (lediglich) regelt, welche Urkunden zum Nachweis oder zur Beurteilung der Zuverlässigkeit verlangt werden (Anm: Strafregisterauszug, Erklärung des Unternehmers, Auskunft Verwaltungsstrafevidenz). Das Vorbringen der Antragstellerin, dass aus einer Nicht-Nennung der Bestätigung über die Vorort-Besichtigung in dieser Bestimmung abzuleiten sei, dass diese nicht zwingend dem Angebot beizulegen sei, ist nach dem Gesagten nicht nachvollziehbar und auch tatsächlich unzutreffend. Hierzu ist festzuhalten, dass sich die Verpflichtung der zwingenden Beilegung der Bestätigung über die gemeinsame Vorort-Besichtigung bereits eindeutig und bestandfest aus Punkt 00.1203D Z ergibt. Eine nochmalige Nennung der "Bestätigung über die Ortsbesichtigung" in einer weiteren Position des LV ist nicht notwendig. Die Verpflichtung zur Vorlage der entsprechenden Bestätigung wird bereits zusammen mit der Verpflichtung zur Durchführung der Besichtigung geregelt und bestandfest normiert. Der Umstand, dass die dem Angebot verpflichtend beizulegende Bestätigung über die durchgeführte Ortsbesichtigung in einer weiteren Position nicht nochmals extra angeführt ist, ist sohin ohne Belang. Anzumerken ist hierzu auch, dass die von der Antragstellerin diesbezüglich herangezogene Position 00.1114 Z (lediglich) regelt, welche Urkunden zum Nachweis oder zur Beurteilung der Zuverlässigkeit verlangt werden (Anmerkung, Strafregisterauszug, Erklärung des Unternehmers, Auskunft Verwaltungsstrafevidenz). Das Vorbringen der Antragstellerin, dass aus einer Nicht-Nennung der Bestätigung über die Vorort-Besichtigung in dieser Bestimmung abzuleiten sei, dass diese nicht zwingend dem Angebot beizulegen sei, ist nach dem Gesagten nicht nachvollziehbar und auch tatsächlich unzutreffend.

Im von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang weiters angesprochenen Formblatt, Seite 5 des Angebotsschreibens, sind die weiteren Bestandteile des Angebotes angeführt (Punkt 17.1) bzw sind die weiteren Angebotsbestandteile vom Bieter durch "ankreuzen" oder ausfüllen der Kästchen (Punkten 17.2 bis 17.7) anzugeben. Aus diesem Formblatt ableiten zu wollen, dass die Nichtnennung der Bestätigung über die erfolgte Ortsbesichtigung in den Kästchen der Punkte 17.2 bis 17.6 dazu führen solle, dass die Bestätigung nicht mit dem Angebot abzugeben wäre, ist ebenfalls nicht nachvollziehbar. Zur Anführung weiterer, nicht bereits in den Punkten 17.2 bis 17.6 vorgegebener Angebotsbestandteile, steht nämlich eigens das "leere" Kästchen in Punkt 17.7 zur Verfügung. So haben auch 3 von 4 weiteren Bietern in dieses Kästchen zu Punkt 17.7 jeweils "Bestätigung Baustellenbesichtigung" (oder ein Synonym hierfür), eingesetzt.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass ein Ausschreibungswiderspruch darin zu erblicken sei, dass in einer Ausschreibungsbestimmung eine Verpflichtung zur Durchführung einer Vorort-Besichtigung normiert sei, während in anderen Positionen eine Besichtigung lediglich empfohlen bzw angeraten würde, ist Folgendes festzuhalten:

In Pos 00.1203D Z ist unmissverständlich festgelegt, dass die Bieter vor Angebotslegung verpflichtet sind, gemeinsam mit der Bauabteilung des Auftraggebers eine Besichtigung der Baustelle vor Ort durchzuführen und dem Angebot eine Bestätigung über die erfolgte Besichtigung beizulegen (siehe oben).

Es besteht - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - weder eine Unklarheit noch ein Widerspruch zu den Vorgaben der Pos 97.5003 Z, 13.Z und 13.01 Z, sodass die "Widerspruchsregel" der Ausschreibung nicht zur Anwendung gelangt: Bei der in Pkt 00.1203D Z normierten Verpflichtung handelt es sich nämlich um eine - im Beisein des Auftraggebers vorzunehmende - obligatorische Vorort-Besichtigung, während es sich bei den nach den übrigen oben zit Positionen der Ausschreibung vorgesehenen möglichen bzw empfohlenen Besichtigungen lediglich um Besichtigungsmöglichkeiten handelt, die in die Disposition des jeweiligen Bieters gestellt sind (siehe auch oben). Dies unabhängig davon, ob diese im Rahmen der obligatorischen gemeinsamen Vorort-Besichtigung zu erfolgen hätte oder außerhalb und unabhängig von einer solchen. Da es sich bei der obligatorischen und den empfohlenen bzw angeratenen Besichtigungen um unterschiedliche "Besichtigungskategorien" handelt, kann zwischen den die jeweilige "Besichtigungsart" regelnden Bestimmungen auch kein Widerspruch bestehen, der über die Widerspruchsregelung der Ausschreibung aufzulösen wäre. Die Widerspruchsregelung kommt daher nicht zur Anwendung.

Hätte der Auftraggeber die bestandfeste Bestimmung des Pkt 00.1203D Z nicht herangezogen und das Angebot der Antragstellerin nicht wegen der oben dargestellten Ausschreibungswidrigkeit (Nichtdurchführung der zwingenden

gemeinsamen Vorort-Besichtigung und Beilage der entsperchenden Bestätigung zum Angebot) ausgeschieden, wäre darin ein Verstoß gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung gemäß § 19 Abs 1 BVergG zu erblicken. Hätte der Auftraggeber die bestandfeste Bestimmung des Pkt 00.1203D Z nicht herangezogen und das Angebot der Antragstellerin nicht wegen der oben dargestellten Ausschreibungswidrigkeit (Nichtdurchführung der zwingenden gemeinsamen Vorort-Besichtigung und Beilage der entsperchenden Bestätigung zum Angebot) ausgeschieden, wäre darin ein Verstoß gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG zu erblicken.

Festzuhalten ist schließlich noch, dass den Bietern, die die gemeinsame Vorort-Besichtigung durchgeführt haben, dadurch ein Aufwand entstanden ist, den sich die Antragstellerin "erspart" hat. Sie hätte daher einen Wettbewerbsvorteil gehabt. Die Nichtdurchführung der obligatorischen gemeinsamen Vorort-Besichtigung und die Nichtvorlage der entsprechenden Bestätigung mit dem Angebot, stellen wie oben dargelegt einen Widerspruch zur Ausschreibung dar. Im Fall der Ausschreibungswidrigkeit kommt eine Mängelbehebung nicht in Betracht.

Dass sich - wie die Antragstellerin zutreffend festhält - wesentliche Umstände der Leistungserbringung auch zum Teil bereits aus der Ausschreibung selbst ergeben, ist ohne Relevanz.

Nach dem Gesagten wurde das Angebot der Antragstellerin in Entsprechung der Vorgaben des Pkt 00.1203D Z der bestandsfesten Ausschreibung zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG ausgeschieden. Nach dem Gesagten wurde das Angebot der Antragstellerin in Entsprechung der Vorgaben des Pkt 00.1203D Z der bestandsfesten Ausschreibung zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschieden.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung war nach dem Gesagten im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes abzuweisen (vgl VwGH 23.5.2007, 2005/04/0103; auch BVA 15.7.2013, N/0061-BVA/09/2013-24). Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung war nach dem Gesagten im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes abzuweisen vergleiche VwGH 23.5.2007, 2005/04/0103; auch BVA 15.7.2013, N/0061-BVA/09/2013-24).

Auf das übrige Vorbringen war nicht mehr einzugehen.

Zu Spruchpunkt II. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt I. des gegenständlichen Bescheides ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der für den Nachprüfungsantrag geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen. Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch eins. des gegenständlichen Bescheides ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der für den Nachprüfungsantrag geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

09.09.2013

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