

TE Verg Bescheid 2013/5/14 N/0032-BVA/14/2013-17

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.05.2013

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Josef Robl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Ausschreibung über Kampfanzug leicht und schwer (Abrufvertrag) für das Jahr 2013 (Option 2014 bzw. 2015), GZ E90037/6/00-00-KA/2012" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), dieser vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, Roßauer Lände 1, 1090 Wien, dieser vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 4. 4. 2013 und vom 29.4.2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Josef Robl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Ausschreibung über Kampfanzug leicht und schwer (Abrufvertrag) für das Jahr 2013 (Option 2014 bzw. 2015), GZ E90037/6/00-00-KA/2012" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), dieser vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, Roßauer Lände 1, 1090 Wien, dieser vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 4. 4. 2013 und vom 29.4.2013, wie folgt entschieden:

Spruch

Irömisches

Der Antrag vom 4.4.2013 (GZ: N/0027-BVA/14/2013-1), "die angefochtene Entscheidung (Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin für die Positionen 1-3, 6-8, 10, 11 mit Schreiben des Auftraggebers vom 25.3.2013, GZ E90037/6/00-03-KA/2012) gemäß § 325 Abs. 1 BVergG 2006 idF für nichtig zu erklären", wird abgewiesen. Der Antrag vom 4.4.2013 (GZ: N/0027-BVA/14/2013-1), "die angefochtene Entscheidung (Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin für die Positionen 1-3, 6-8, 10, 11 mit Schreiben des Auftraggebers vom 25.3.2013, GZ E90037/6/00-03-KA/2012) gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 idF für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag vom 29.4.2013 (GZ: N/0032-BVA/14/2013-1), "die angefochtene Entscheidung (Zuschlagsentscheidung/Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung für die Positionen 1-3, 6-8, 10, 11 mit Schreiben des Auftraggebers vom 18.4.2013, GZ E90037/6/00-04-KA/2012) gemäß § 325 Abs. 1 BVergG 2006 idgF für nichtig zu erklären", wird zurückgewiesen. Der Antrag vom 29.4.2013 (GZ: N/0032-BVA/14/2013-1), "die angefochtene Entscheidung (Zuschlagsentscheidung/Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung für die Positionen 1-3, 6-8, 10, 11 mit Schreiben des Auftraggebers vom 18.4.2013, GZ E90037/6/00-04-KA/2012) gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 idgF für nichtig zu erklären", wird zurückgewiesen.

III.römisch drei.

Der Antrag vom 4.4.2013, "den Auftraggeber zum Ersatz der durch die Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Vertretung der Antragstellerin zu verpflichten", wird abgewiesen.

IV.römisch vier.

Der Antrag vom 29.4.2013, "den Auftraggeber zum Ersatz der durch die Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung zu Handen der Vertretung der Antragstellerin zu verpflichten", wird abgewiesen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Die gegenständliche Ausschreibung wurde EU-weit veröffentlicht.

Auftraggeber ist die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, Roßauer Lände 1, 1090 Wien. Vergebende Stelle ist die Kaufmännische Abteilung (KA), Referat 4, des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport, Franz-Josefs-Kai 7-9, 1010 Wien.

Es liegt ein Lieferauftrag vor, der in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Teilangebote für das Los "Pos 1-3, 6-8, 10 und 11", für das Los "Pos. 4-5 und 9" und für das Los "Pos. 12" wurden in der Ausschreibung für zulässig erklärt.

Das Ende der Angebotsfrist war mit 5.12.2012 festgelegt.

In der Ausschreibung war vorgesehen, dass im Rahmen der Angebotsprüfung vom Bieter Angebotsmuster gemäß technischer Spezifikation für Lieferaufträge gefordert werden können.

Die A***, gab neben weiteren Bietern am 3.12.2012 Teilangebote zu allen 3 Losen (ohne Option für 2014 und 2015) ab. Mit einem Angebotspreis von Euro 612.680,- exkl. USt legte die A*** das billigste Angebot zu Los "Pos 1-3, 6-8, 10 und 11". Der Angebotspreis des zweitbilligsten Angebotes, jenem der B*** zu Los "Pos 1-3, 6-8, 10 und 11" beträgt Euro 638.123,- exkl. USt.

Mit Schreiben vom 24.1.2013 forderte die vergebende Stelle die A*** zu diversen Aufklärungen zu ihren Teilangeboten sowie zur Vorlage von Angebotsmustern an die Heeresbekleidungsanstalt Brunn/Gebirge bis längstens 11.2.2013 auf. Zum Teilangebot für das Los "Pos. 1-3, 6-8, 10-11" wurden ua folgende Angebotsmuster angefordert: 2 lfm Flauschband 3cm, 2 lfm Hakenband 3cm, 10 Stück Hosenknöpfe groß und 10 Stück Feldanzugknöpfe.

Die Aufforderung zur Vorlage der Angebotsmuster war mit folgendem Hinweis versehen:

HINWEIS: Die vorgestellten Angebotsmuster müssen genau der geforderten techn. Spezifikation entsprechen.

Am 5.2.2013 legte die A*** Angebotsmuster an die Heeresbekleidungsanstalt (HBA) vor. Gleichzeitig mit ihren Mustern übermittelte die A*** Datenblätter, ein Schreiben ihres Knopflieferanten und ein Qualitätszertifikat ihres Klettverschlusslieferanten, wonach die Knöpfe aus Polyamid bestehen würden und die Klettverschlüsse eine Waschechtheitszahl von 4-5 aufweisen würden.

Die labortechnische Prüfung der vorgelegten Muster der A*** durch das Textiltechnische & chemische Prüfzentrum der Heeresbekleidungsanstalt führte zu dem Ergebnis, dass die vorgelegten Angebotsmuster nicht der jeweiligen

technischen Spezifikation für Lieferaufträge entsprechen. Die Hosenknöpfe und die Feldanzugknöpfe bestehen entgegen der Vorgabe in der "Technischen Spezifikation für Lieferaufträge Hosenknopf bzw. Feldanzugknopf" aus Polyester (PES) anstatt aus Polyamid (PA 6.6) (vgl. die Gutachten der HBA Nr. 138/13 und Nr. 140/13) und die Klettverschlüsse (Flausch- und Hakenbänder) weisen nicht die in der "Technischen Spezifikation für Lieferaufträge Klettverschlüsse" verlangte Waschechtheitszahl von mindestens 4, sondern eine Echtheitszahl von 2 bzw. 1-2 auf (vgl. Gutachten der HBA Nr. 136/13). Die labortechnische Prüfung der vorgelegten Muster der A*** durch das Textiltechnische & chemische Prüfzentrum der Heeresbekleidungsanstalt führte zu dem Ergebnis, dass die vorgelegten Angebotsmuster nicht der jeweiligen technischen Spezifikation für Lieferaufträge entsprechen. Die Hosenknöpfe und die Feldanzugknöpfe bestehen entgegen der Vorgabe in der "Technischen Spezifikation für Lieferaufträge Hosenknopf bzw. Feldanzugknopf" aus Polyester (PES) anstatt aus Polyamid (PA 6.6) vergleiche die Gutachten der HBA Nr. 138/13 und Nr. 140/13) und die Klettverschlüsse (Flausch- und Hakenbänder) weisen nicht die in der "Technischen Spezifikation für Lieferaufträge Klettverschlüsse" verlangte Waschechtheitszahl von mindestens 4, sondern eine Echtheitszahl von 2 bzw. 1-2 auf vergleiche Gutachten der HBA Nr. 136/13).

Mit Telefax vom 25.3.2013 setzte die vergebende Stelle die A*** vom Ausscheiden ihres Angebotes zu Pos. "1-3, 6-8 und 10 und 11" mit der Begründung in Kenntnis, dass die vorgelegten Angebotsmuster gravierende Mängel aufgewiesen hätten. Feldanzugknopf und Hosenknopf würden aus Polyester anstatt aus Polyamid 6.6 bestehen und Flauschband und Hakenband hinsichtlich der Farbechtheiten eine Echtheitszahl für das "Anbluten" auf Polyamid von 2 bzw. 1-2 statt mindestens 4 aufweisen.

Mit Schriftsatz vom 4.4.2013 brachte die A***, vertreten durch X*** (im Folgenden Antragsteller), einen unter der GZ: N/0027-BVA/14/2013-1 protokollierten Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt I wiedergegeben. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 10.4.2013, GZ: N/0027-BVA/14/2013-EV8, stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens hinsichtlich des Loses "Pos 1-3, 6-8, 10 und 11" die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Unter Einem begehrte der Antragsteller den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (siehe Spruchpunkt III). Weiters beantragte der Antragsteller die Bestellung eines Sachverständigen auf dem Gebiet der Materialkunde für militärische Uniformknöpfe bzw. Klett-Flauschbänder zur Befundung und Begutachtung der Spezifikationskonformität seiner vorgelegten Angebotsmuster. Mit Schriftsatz vom 4.4.2013 brachte die A***, vertreten durch X*** (im Folgenden Antragsteller), einen unter der GZ: N/0027-BVA/14/2013-1 protokollierten Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt römisch eins wiedergegeben. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 10.4.2013, GZ: N/0027-BVA/14/2013-EV8, stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens hinsichtlich des Loses "Pos 1-3, 6-8, 10 und 11" die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Unter Einem begehrte der Antragsteller den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (siehe Spruchpunkt römisch drei). Weiters beantragte der Antragsteller die Bestellung eines Sachverständigen auf dem Gebiet der Materialkunde für militärische Uniformknöpfe bzw. Klett-Flauschbänder zur Befundung und Begutachtung der Spezifikationskonformität seiner vorgelegten Angebotsmuster.

In seinem Schriftsatz vom 4.4.2013 brachte der Antragsteller vor:

Der Auftraggeber habe mit Bekanntmachung vom 5.10.2012 (ABl. 2012/S192- 315696) bzw. mit Schreiben vom 18.9.2012, GZ E90037/6/00-00-KA/2012, einen Abrufvertrag für die Lieferung von Kampfanzügen leicht und schwer im Jahr 2013, nämlich ca. 4.900 Kampfanzugsjacken leicht (Position 1 des Leistungsverzeichnisses), ca. 50.000 Kampfanzugshosen leicht (Position 2 des Leistungsverzeichnisses), ca. 3.000 Hosenträger (Position 3 des Leistungsverzeichnisses), ca. 13.600 Kampfanzugsjacken schwer (Position 4 des Leistungsverzeichnisses), ca. 1.600 Kampfanzugshosen schwer (Position 5 des Leistungsverzeichnisses), ca. 15.000 Klettverschlüsse (Position 6 des Leistungsverzeichnisses), ca. 500 Gummibänder (Position 7 des Leistungsverzeichnisses), ca. 15.000 Gummischnüre 3mm (Position 8 des Leistungsverzeichnisses), ca. 15.000 Gummischnüre 4mm (Position 9 des Leistungsverzeichnisses), ca. 6.000 Schnüre 2,3mm (Position 10 des Leistungsverzeichnisses), ca. 40.000 Reißverschlussverlängerungen (Position 11 des Leistungsverzeichnisses) und ca. 10.000 Nationalitätsabzeichen (Position 12 des Leistungsverzeichnisses) im offenen Verfahren (Oberschwellenbereich) europaweit ausgeschrieben.

Dabei seien ua. die Positionen 1-3, 6-8, 10 und 11 als ein Los für eine gesonderte Vergabe festgelegt worden. Der Auftraggeber habe mit Bekanntmachung vom 5.10.2012 (Amtsblatt 2012/S192- 315696) bzw. mit Schreiben vom 18.9.2012, GZ E90037/6/00-00-KA/2012, einen Abrufvertrag für die Lieferung von Kampfanzügen leicht und schwer im Jahr 2013, nämlich ca. 4.900 Kampfanzugsjacken leicht (Position 1 des Leistungsverzeichnisses), ca. 50.000 Kampfanzugshosen leicht (Position 2 des Leistungsverzeichnisses), ca. 3.000 Hosenträger (Position 3 des Leistungsverzeichnisses), ca. 13.600 Kampfanzugsjacken schwer (Position 4 des Leistungsverzeichnisses), ca. 1.600 Kampfanzugshosen schwer (Position 5 des Leistungsverzeichnisses), ca. 15.000 Klettverschlüsse (Position 6 des Leistungsverzeichnisses), ca. 500 Gummibänder (Position 7 des Leistungsverzeichnisses), ca. 15.000 Gummischnüre 3mm (Position 8 des Leistungsverzeichnisses), ca. 15.000 Gummischnüre 4mm (Position 9 des Leistungsverzeichnisses), ca. 6.000 Schnüre 2,3mm (Position 10 des Leistungsverzeichnisses), ca. 40.000 Reißverschlussverlängerungen (Position 11 des Leistungsverzeichnisses) und ca. 10.000 Nationalitätsabzeichen (Position 12 des Leistungsverzeichnisses) im offenen Verfahren (Oberschwellenbereich) europaweit ausgeschrieben. Dabei seien ua. die Positionen 1-3, 6-8, 10 und 11 als ein Los für eine gesonderte Vergabe festgelegt worden.

Als Zuschlagsprinzip sei das Billigstbieterprinzip festgelegt worden.

In der Leistungsbeschreibung sei hinsichtlich der Kampfanzugsjacken und Kampfanzugshosen leicht und schwer jeweils auf die Heeres-Spezifikationsdokumente "Kampfanzugsjacke leicht", "Kampfanzugsjacke schwer", "Kampfanzugshose leicht" und "Kampfanzugshose schwer" verwiesen worden. In diesen Dokumenten werde hinsichtlich der Knöpfe auf die Heeres-Spezifikationsdokumente "Hosenknopf" bzw. "Feldanzugknopf" verwiesen. Als Material werde in diesen beiden Dokumenten unter Pkt. 2 (Seite 3) "PA 6.6" (Polyamid), festgelegt.

Hinsichtlich der Kampfanzugsjacke leicht werde für die Klettverschlüsse in Pkt. 2.2.2 bis 2.2.4 der Spezifikation auf das Spezifikationsdokument "Klettverschlüsse" verwiesen. In diesem Dokument werde hinsichtlich der Farbechtheit/Waschechtheit auf die ÖNORM EN 20105-C 06:1994 verwiesen. Daraus sei eine Echtheitszahl von mindestens 4 abzuleiten.

Hinsichtlich der Vorlage von Bemusterungsexemplaren werde auf Seite 4 der Ausschreibungsunterlage wie folgt festgelegt:

ANGEBOTSMUSTER: Im Rahmen der Prüfung der Angebote können zur Sicherstellung und Beurteilung der Qualitätsfordernisse zusätzlich Angebotsmuster (gem. techn. Spezifikation für Lieferaufträge) und gefordert werden. Diese sind auf Aufforderung durch das BMLVS/KA innerhalb von 14 Tagen, gem. beiliegender Auflistung (der Ausschreibungsunterlage war eine genaue Auflistung der zuzuliefernden Quantitäten an Musterexemplaren angeschlossen) zur Angebotsprüfung kostenlos (gem. DDP!!!) an die HBA... (es folgte die Adresse der Heeresbekleidungsanstalt Brunn am Gebirge) vorzulegen. Die NICHTERFÜLLUNG dieser Forderung bewirkt das Ausscheiden des Angebots aus dem Vergabeverfahren!

Festlegungen zu den Rechtsfolgen, falls ein Angebotsmuster zwar entsprechend der mit dem Ausscheiden sanktionierten Verpflichtung zur Vorlage von Angebotsmustern vorgelegt werde, das vorgelegte Muster aber nicht den Spezifikationen entspreche, seien in der Ausschreibung nicht getroffen worden.

Auf Seite 5 der Ausschreibungsunterlage werde unter der Überschrift "AUSFALLMUSTER" angeordnet, dass der ausgewählte Auftragnehmer verpflichtet sei, vor Beginn der Serienfertigung der HBA ein "Ausfallmuster" (gemäß technischer Spezifikation für Lieferaufträge der HBA) zu übermitteln. Die Serienproduktion dürfe erst ab schriftlicher Freigabe durch die HBA erfolgen, welche diese erteilen würde, wenn die Ausfallmusterprüfung ergebe, dass die technischen Spezifikationen erfüllt seien.

In Blatt 5 zum Leistungsverzeichnis habe der Bieter unter "ANGEBOT" unter anderem zu unterfertigen gehabt, die Bestimmungen der Ausschreibung zu kennen und bereit zu sein, die angebotene Leistung zu diesen uneingeschränkt anerkannten Bestimmungen zu erbringen.

Der Antragsteller sei ein befugtes und leistungsfähiges Handelsunternehmen auf dem Gebiet militärischer Bekleidung. Er habe mittels ausgefüllten, unterfertigten und unveränderten Angebotsunterlagen am 3.12.2012 ein Angebot (beinhaltend Teilangebote für alle 3 Lose) gelegt. Für das Los "Positionen 1-3, 6-8, 10-11" sei ein Angebotspreis von

Euro 612.680,-- (exkl. USt.) angeboten worden. Damit sei das Angebot des Antragstellers für dieses Los das billigste Angebot gewesen. Das zweitbilligste Angebot für dieses Los habe die Firma B*** mit einem Angebotspreis von Euro 638.123,-- gelegt.

Über Aufforderung habe der Antragsteller dem Auftraggeber (HBA) am 5.2.2013 die in der Musterliste der Ausschreibung angeführten Muster samt Begleitunterlagen übermittelt. Im Begleitschreiben sei entsprechend der üblichen Praxis hinsichtlich einzelner Produkte vermerkt worden, dass es sich um eigens hergestellte Musterexemplare handle, bei denen noch geringfügige Abweichungen zu einzelnen Spezifikationen auftreten würden, dass aber unter Serienproduktionsbedingungen jedenfalls die Einhaltung der Spezifikationen garantiert werde.

Mit den Mustern seien unter anderem Qualitätszertifikatslisten der Fa. C*** übermittelt worden, wonach die vom Zulieferer des Antragstellers, der indonesischen Fa. D***, entsprechend der ausschreibungsgegenständlichen Spezifikation hergestellten Produkte hinsichtlich der Waschechtheit eine Echtheitszahl von 4 einhalten würden.

Vorgelegt worden seien auch technische Datenblätter der Lieferantenfirma E***, wonach die entsprechend der gegenständlichen Spezifikation gefertigten Knöpfe aus PA 6.6 (Polyamid) hergestellt würden.

Weiters sei auch ein Qualitätszertifikat der Fa. F*** vom 4.10.2012 betreffend den "Hakenverschluss" (Klettverschluss in der Ausschreibung) übermittelt worden, in dem hinsichtlich der Waschechtheit nach DIN EN ISO 105 C 06 (das sei die der spezifizierten österreichischen Norm entsprechende deutsche Umsetzung der europäischen Norm) ein Wert von 4-5 festgestellt worden sei.

Die an den tatsächlich gelieferten Bemusterungsexemplaren angebrachten Hosen- bzw. Feldanzugknöpfe seien nach Kenntnis des Antragstellers und Zusicherung des Lieferanten jedenfalls aus dem in den Spezifikationen geforderten Material (PA 6.6, Polyamid) gewesen und hätten Hakenverschlüsse mit einem Waschechtheitswert von 4 aufgewiesen.

Mit per Telefax übermitteltem Schreiben vom 25.3.2013 habe der Auftraggeber dem Antragsteller mitgeteilt, dass sein Angebot für die Positionen 1-3, 6-8 und 10-11 wegen gravierender Mängel der von ihm vorgelegten Angebotsmuster ausgeschieden werde. Zusammengefasst habe der Auftraggeber das Angebot ausgeschieden, da die vorgelegten Bemusterungsexemplare hinsichtlich des Materials der Uniformknöpfe und der Farbechtheit/Waschechtheit der Klettverschlüsse nicht den technischen Spezifikationen entsprechen würden. Im Einzelnen habe der Auftraggeber ausgeführt, dass die Feldanzugknöpfe für die Kampfanzugsjacken und die Hosenknöpfe für die Kampfanzugshosen (beide sowohl schwer als auch leicht, also die Positionen 1, 2, 4 und 5) entgegen den Spezifikationen nicht aus Polyamid 6.6, sondern aus Polyester gefertigt seien. Zudem habe sich hinsichtlich der Waschechtheit von Flausch- bzw. Hakenband für die leichten Kampfanzugsjacken und die Klettverschlüsse (Positionen 1 u. 6) bloß eine Echtheitszahl von 2 statt der geforderten Echtheitszahl 4 ergeben.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht verletzt, dass sein Angebot nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden werde, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen würden und in seinem Recht, als Bieter mit dem niedrigsten Preis für die Zuschlagsentscheidung vorgesehen zu werden.

Der Auftraggeber habe das Angebot des Antragstellers allein deshalb ausgeschieden, da seiner Ansicht nach die vom Antragsteller vorgelegten Angebotsmuster nicht den Spezifikationen der Ausschreibung entsprechen würden. Diese Begründung verkenne, dass damit von vornherein kein Ausscheidenstatbestand angesprochen werde:

§ 129 BVergG kenne keinen Ausscheidenstatbestand "ausschreibungswidrige Angebotsmuster". Der Auftraggeber habe in seiner Ausschreibungsunterlage auch keine Regelungen dahingehend getroffen, dass die Vorlage nicht spezifikationskonformer Angebotsmuster (im Unterschied zur Verletzung der Vorlagepflicht überhaupt, die mit dem Ausscheiden sanktioniert werde), zum Ausscheiden des Angebotes des entsprechenden Bieters führe. Auch habe der Auftraggeber nicht festgelegt, dass die Vorlage nicht spezifikationskonformer Angebotsmuster als ausschreibungswidriges Angebot anzusehen sei. Der Auftraggeber habe nicht einmal festgelegt, dass die vorzulegenden Angebotsmuster den Angebotsspezifikationen jedenfalls entsprechen müssten. Paragraph 129, BVergG kenne keinen Ausscheidenstatbestand "ausschreibungswidrige Angebotsmuster". Der Auftraggeber habe in seiner Ausschreibungsunterlage auch keine Regelungen dahingehend getroffen, dass die Vorlage nicht spezifikationskonformer Angebotsmuster (im Unterschied zur Verletzung der Vorlagepflicht überhaupt, die mit dem Ausscheiden sanktioniert werde), zum Ausscheiden des Angebotes des entsprechenden Bieters führe. Auch habe der

Auftraggeber nicht festgelegt, dass die Vorlage nicht spezifikationskonformer Angebotsmuster als ausschreibungswidriges Angebot anzusehen sei. Der Auftraggeber habe nicht einmal festgelegt, dass die vorzulegenden Angebotsmuster den Angebotsspezifikationen jedenfalls entsprechen müssten.

Aus der bloßen Verpflichtung zur Vorlage von Angebotsmustern ergebe sich nicht, dass die Vorlage nicht spezifikationskonformer Angebotsmuster als ausschreibungswidriges Angebot anzusehen sei. Der Inhalt des zivilrechtlich wirksamen Angebotes ergebe sich aus der vom Bieter abgegebenen Willenserklärung und nicht aus faktischen Umständen, wie den tatsächlichen Eigenschaften eines Angebotsmusters. Mangels anderer Willenserklärung bzw. entsprechender gesetzlicher oder in der Ausschreibung getroffener Regelungen, habe sich der Antragsteller durch Unterfertigung des Angebotsblattes bindend zur spezifikationskonformen Lieferung verpflichtet. Diese Verpflichtung habe sich durch die Vorlage der Muster nicht geändert, zumal eine nachträgliche Änderung im offenen Vergabeverfahren ohnehin unzulässig wäre. Zumal sich der Antragsteller bei Vorlage der Muster nochmals ausdrücklich zur spezifikationskonformen Lieferung bekannt und entsprechende Qualitätsnachweise auch vorgelegt habe, sei an seinem diesbezüglichen Willen bzw. der Fähigkeit zur Einhaltung der Spezifikationen nicht zu zweifeln gewesen.

In einem vergleichbaren Fall habe der VwGH die Vorlage nicht spezifikationskonformer Angebotsmuster ebenfalls nicht als ausschreibungswidriges Angebot qualifiziert (VwGH 12.5.2011, 2007/04/0012).

Anders als der Auftraggeber offenbar annehme, verlange der Zweck einer Bemusterung auch nicht, dass die vorgelegten Muster bereits in jedem Fall sämtlichen Spezifikationen entsprechen müssten. Wie im konkreten Fall festgelegt, sollten die Muster dem Auftraggeber nur die "Beurteilung der Qualitätserfordernisse", also dessen, was erforderlich sei, um die verlangte Qualität zu erfüllen, ermöglichen. Stelle der Auftraggeber Abweichungen zwischen Muster und Spezifikationen fest, erlange er so die Möglichkeit, den Bieter vor Abruf der Lieferung und erster Herstellung der "Ausfallmuster" entsprechend darauf hinzuweisen, um die spezifikationskonforme Lieferung sicherzustellen. Erst dann würden die Ausfallmuster der Prüfung unterzogen, ob die Spezifikationen eingehalten würden. Daher diene die Verpflichtung zur Vorlage von Angebotsmustern lediglich informativen Zwecken und nicht der vorgezogenen Prüfung, ob die tatsächliche Lieferung spezifikationskonform sein werde. Letztere Prüfung sei anderen Prüfschritten ("Ausfallmuster") vorbehalten. Letztlich könne auch diese Prüfung nicht die tatsächliche Kontrolle der gelieferten Exemplare ersetzen, da stets die Möglichkeit einer Abweichung des tatsächlich Gelieferten vom Spezifizierten bestehe und durch eine Vorab-Prüfung nie ausgeschlossen werden könne.

Der Auftraggeber hätte weitreichendere Folgen für die fehlende Spezifikationskonformität festlegen können. Er hätte über den bloß informativen Charakter der Bemusterung die Vorlage eines spezifikationskonformen Musters auch als Eignungsnachweis normieren können, der von allen Bietern im Bedarfsfall erfüllt werden müsste. Gerade dies habe er jedoch nicht getan, sondern lediglich eine fakultative, nicht einmal - wie bei einem Eignungskriterium - obligatorisch von allen Bietern einzufordernde, sondern in das Ermessen des Auftraggebers gestellte, Verpflichtung der Bieter geschaffen.

Demnach sei die Vorlage nicht spezifikationskonformer Muster im konkreten Fall auch kein Fall eines ausschreibungswidrigen Angebotes und mache der Auftraggeber mit dieser Begründung auch sonst keinen zulässigen Ausscheidungsgrund geltend. Das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers sei daher bereits aus diesem Grund rechtswidrig.

Darüber hinaus sei die Ausscheidensentscheidung auch deshalb rechtswidrig, da sie sich auf unzutreffende Sachverhaltsannahmen des Auftraggebers stütze. Entgegen den Ausführungen des Auftraggebers würden nämlich die vorgelegten Muster die Spezifikationen sowohl hinsichtlich des Materials für Uniformknöpfe wie auch hinsichtlich der Waschechtheit der Klett-Flauschbänder erfüllen. Zum Beweis dafür habe der Antragsteller bereits im Vergabeverfahren entsprechende Qualitätsnachweise vorgelegt und habe dies auch die Lieferfirma der Knöpfe bestätigt.

Die entgegenstehenden Ausführungen in der angefochtenen Ausscheidensentscheidung würden daher auf Fehler bei der Vorgangsweise des Auftraggebers während der Prüfung zurückgehen, etwa dahingehend, dass bei der Prüfung der Knopfqualität nicht die gesondert zu den Kleidungsstücken als Musterknöpfe gelieferten Knöpfe, sondern allenfalls andere als diese Musterknöpfe (etwa auf dem Kleidungsstück angenähte Knöpfe) in Prüfung gezogen worden seien.

Mit Schriftsatz vom 12.4.2013 nahm der Auftraggeber zum Nachprüfungsantrag (GZ: N/0027-BVA/14/2013-1) zusammengefasst Stellung wie folgt:

Dem Antragsteller sei mit Telefax vom 25.3.2013 mitgeteilt worden, dass sein Angebot nicht den Ausschreibungsparametern entspreche, da die als Muster vorgelegten Knöpfe der Pos. 1 und 2 nicht aus dem geforderten Material bestünden und der Klettverschluss bei der Waschechtheit die Echtheitszahl 4 nicht erreiche.

Der Antragsteller verneine, dass der VwGH in seinem Erkenntnis vom 12.5.2011, ZL2007/04/0012, festgelegt habe, dass die Vorlage nicht spezifikationskonformer Angebotsmuster nicht als ausschreibungswidriges Angebot qualifiziert werden dürfe. Ob ein Angebot ausschreibungswidrig sei, bestimme sich jedoch, so der VwGH im zit. Erkenntnis, aus einem Vergleich des Angebotes mit der Ausschreibung und nicht aus dem Vergleich eines vom Bieter vorgelegten Warenmusters mit jener Ware, die er zu liefern gedachte. Entscheidend sei daher, ob die entsprechenden Kriterien bereits in der Ausschreibung verlangt gewesen seien. Dies sei jedoch in dem den VwGH zugrunde liegenden Sachverhalt - im Gegensatz zum vorliegenden Sachverhalt - nicht gegeben gewesen.

Wenn eine Forderung bzw. Mindestanforderung nicht erfüllt werde, brauche keine Sanktion festgelegt zu werden. Dies führe schon nach den gesetzlichen Bestimmungen des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG zum Ausscheiden des Angebotes. Unabhängig davon sei jedoch im Pkt. "Angebotsmuster" eindeutig festgelegt, dass bei der Nichterfüllung der Forderung zur Vorlage eines den technischen Spezifikationen entsprechenden Musters das Angebot mit dem Ausscheiden bedroht sei. Wenn eine Forderung bzw. Mindestanforderung nicht erfüllt werde, brauche keine Sanktion festgelegt zu werden. Dies führe schon nach den gesetzlichen Bestimmungen des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zum Ausscheiden des Angebotes. Unabhängig davon sei jedoch im Pkt. "Angebotsmuster" eindeutig festgelegt, dass bei der Nichterfüllung der Forderung zur Vorlage eines den technischen Spezifikationen entsprechenden Musters das Angebot mit dem Ausscheiden bedroht sei.

Der Auftraggeber habe den Antragsteller mit der Aufforderung, Muster gemäß den geforderten technischen Spezifikationen vorzulegen, nochmals auf die Ausschreibungsbestimmung zur ausschreibungskonformen Vorlage von Mustern hingewiesen. Aufgrund der Verpflichtung, spezifikationskonforme Angebotsmuster vorzulegen, seien Angebote, für welche nicht spezifikationskonforme Angebotsmuster vorgelegt würden, als ausschreibungswidrige Angebote anzusehen.

Der Bundesminister für Landesverteidigung und Sport verfüge über ein eigenes Textiltechnisches und chemisches Prüfzentrum, die Heeresbekleidungsanstalt (HBA). Diese erstelle durch qualifiziertes Personal im Bereich Textiltechnik und durch den modernen Stand der Labors qualitativ hochwertige Gutachten im Bereich Textil.

Die vom Antragsteller vorgelegten Knöpfe und Klettverschlüsse seien von der HBA geprüft worden. Die Prüfung habe eindeutig ergeben, dass die Knöpfe nicht aus dem geforderten Material Polyamid, sondern aus Polyester gefertigt seien. Die Prüfung der Waschechtheit sei gemäß der ÖNORM EN ISO 105 C 06 und C 10 durchgeführt worden. Die Prüfung habe ergeben, dass die geforderten Echtheitszahlen nicht erfüllt seien.

Da durch fachkundiges Personal nachvollziehbar nach Normen geprüft und festgestellt worden sei, dass die Forderungen der Ausschreibung nicht erfüllt worden seien, habe der Auftraggeber das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers verfügen müssen.

Mit Telefax vom 12.4.2013, GZ: N/0027-BVA/14/2013-9, übermittelte das Bundesvergabeamt dem Antragsteller die vollständigen Laborgutachten der Heeresbekleidungsanstalt, aus denen sich die Nichterfüllung der geforderten technischen Spezifikationen ergibt.

Mit Schriftsatz vom 17.4.2013 nahm der Antragsteller die Prüf- und Laborergebnisse der Heeresbekleidungsanstalt unter Betonung der technischen Versiertheit und Fachkompetenz der Prüfer ausdrücklich zur Kenntnis, stellte die Richtigkeit der Prüfergebnisse außer Zweifel und zog gleichzeitig seinen Antrag auf Sachverständigenbestellung zurück.

Mit Schreiben vom 18.4.2013, dem Antragsteller zugestellt per Telefax am 19.4.2013, gab die vergebende Stelle dem Antragsteller die Zuschlagsentscheidung für die Pos. "1-3, 6-8, 10 und 11" zu Gunsten des Angebotes der Firma B*** mit einem Angebotspreis Euro 638.123,- exkl. USt. bekannt.

Mit Schriftsatz vom 23.4.2013 erstattete der Antragsteller eine weitere Stellungnahme im Nachprüfungsverfahren N/0027-BVA/14/2013:

Die Auffassung, dass die Ausschreibungsunterlage festlege, dass den technischen Ausschreibungsspezifikationen entsprechende Angebotsmuster bei sonstigem Ausscheiden vorzulegen gewesen seien, sei unzutreffend. Der für die

Vorlage der Angebotsmuster relevante Teil der Ausschreibungsunterlage habe "Angebotsmuster (gem. technischer Spezifikationen für Lieferaufträge)" gefordert. Dies sei nach dem maßgeblichen Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung gerade kein Hinweis auf die Spezifikationen des konkreten Auftrages. Durch die Verwendung des Plurals (Liefer-) "Aufträge" sei sprachlich festgelegt, dass es sich nicht um diesen Auftrag, sondern um einen allgemeine, für einen Mehrzahl von Aufträgen geltende Spezifikation handeln solle. Das Dokument, auf das verwiesen werde, sei ein solches, das als allgemein geltende Spezifikation für alle Lieferaufträge gelte. Durch den Zusammenhang mit dem Thema "Angebotsmuster" werde deutlich, dass es sich um ein Dokument handle, das allgemein Vorgaben für Angebotsmuster beinhalte, die bei Lieferaufträgen des Auftraggebers vorzulegen seien. Es handle sich also um den Verweis auf die "technische Spezifikation für Lieferaufträge - ANGEBOTSMUSTER". Dieses Dokument sei dem Antragsteller nicht zugänglich gemacht worden und nicht Bestandteil der Ausschreibungsunterlage gewesen.

Der Auftraggeber habe nach dem objektiven Erklärungsbild der Ausschreibung demnach die Spezifikationskonformität der Angebotsmuster nicht festgelegt. Es könne daher nicht im Nachhinein durch einseitige, entgegen dem üblichen Sprachgebrauch erfolgende Auslegung der Ausschreibung ein Ausscheidensgrund konstruiert werden.

Fehlende Spezifikationskonformität der Bemusterungsexemplare könne nicht dem Ausscheidenstatbestand des ausschreibungswidrigen Angebotes zugeordnet werden. Die Gleichsetzung ausschreibungswidriger Muster mit ausschreibungswidrigen Angeboten werde vom Auftraggeber zwar postuliert, sei aber nicht aus dem Gesetz zu begründen.

Da der Inhalt des Angebotes des Antragstellers ausschreibungskonform sei, auch kein anderer gesetzlicher Ausscheidenstatbestand erfüllt sei und der Auftraggeber keinen eigenen Ausscheidenstatbestand "fehlende Spezifikationskonformität der Angebotsmuster" festgelegt habe, sei das Angebot des Antragstellers zu Unrecht ausgeschieden worden.

Der Antragsteller anerkenne nunmehr auch aufgrund seiner eigenen Prüfungen, dass die übermittelten Muster die vom Auftraggeber festgestellten Diskrepanzen zu den Spezifikationen aufweisen würden. Die Beiziehung eines Sachverständigen sei nicht mehr erforderlich, zumal der Antragsteller keinen Grund sehe, an den Ergebnissen der technischen Experten des Auftraggebers zu zweifeln, mit denen er in der Vergangenheit durchwegs ausgezeichnete Erfahrungen gemacht habe.

Mit Schriftsatz vom 29.4.2013 brachte der Antragsteller einen weiteren, unter der GZ: N/0032-BVA/14/2013-1 protokollierten Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der ihm am 19.4.2013 zugestellten Zuschlagsentscheidung für das Los Pos "1-3, 6-8, 10 und 11" ein (siehe Spruchpunkt II). Darin erhob der Antragsteller im Wesentlichen sein Vorbringen des Nachprüfungsantrages zur Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung auch zum Vorbringen des nunmehr eingebrachten Nachprüfungsantrages zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung und begehrte den Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühr durch den Auftraggeber (siehe Spruchpunkt IV). Mit Schriftsatz vom 29.4.2013 brachte der Antragsteller einen weiteren, unter der GZ: N/0032-BVA/14/2013-1 protokollierten Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der ihm am 19.4.2013 zugestellten Zuschlagsentscheidung für das Los Pos "1-3, 6-8, 10 und 11" ein (siehe Spruchpunkt römisch zwei). Darin erhob der Antragsteller im Wesentlichen sein Vorbringen des Nachprüfungsantrages zur Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung auch zum Vorbringen des nunmehr eingebrachten Nachprüfungsantrages zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung und begehrte den Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühr durch den Auftraggeber (siehe Spruchpunkt römisch vier).

Ergänzend brachte der Antragsteller vor: Der Auftraggeber habe in den Ausschreibungsunterlagen keinerlei Folgen für eine fehlende Spezifikationskonformität der Muster festgelegt. Als Ausscheidenstatbestand sei lediglich festgelegt worden, dass bei Nichterfüllung der Forderung, allenfalls angeforderte Angebotsmuster an die HBA innerhalb von 14 Tagen nach Aufforderung durch das BMLVS/KA vorzulegen, das Ausscheiden des Angebotes erfolgen werde. Hätte der Auftraggeber eine fehlende Spezifikationskonformität als Ausscheidenstatbestand festlegen wollen, hätte er über den bloß informativen Charakter der Bemusterung und die Benennung des Ausscheidenstatbestandes der Nichterfüllung der geforderten Vorlage von Angebotsmustern hinaus, die Vorlage eines (genau definierten) und spezifikationskonformen Musters als Eignungsnachweis normieren können, der von jedem Bieter zu erfüllen sei. So hätte der Auftraggeber bereits in den Ausschreibungsunterlagen festlegen können, dass die Angebotsmuster

bestimmte Muss-Kriterien in Bezug auf ebenfalls definierte und vorbezeichnete Anforderungen zu erfüllen hätten bzw. auch, welche Anforderungen allenfalls auch mit welchen Abweichungsmöglichkeiten durch die Angebotsmuster zu erfüllen seien.

Dem vergaberechtskonformen Angebot des Antragstellers sei - als dem billigsten Angebot - der Zuschlag zu erteilen. Da das Ausscheiden des Angebotes rechtswidrig gewesen sei, sei auch die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Mit Schriftsatz vom 30.4.2013 nahm der Auftraggeber zur Stellungnahme des Antragstellers vom 23.4.2013 im Nachprüfungsverfahren N/0027-BVA/14/2013 im Wesentlichen Stellung wie folgt:

Klarer als auf Seite 3 der Ausschreibung im Punkt "Angebotsmuster" könne nicht festgelegt werden, dass der Auftraggeber ein den geforderten Qualitätsmerkmalen entsprechendes Angebotsmuster erhalten wolle und die Nichterfüllung dieser Forderung mit dem Ausscheiden geahndet werde.

Es seien nur jene technischen Spezifikationen für Lieferaufträge heran gezogen worden, die allen Bietern zur Verfügung gestellt worden seien. Die Ausschreibungsunterlagen, welche den Firmen per Post zur Verfügung gestellt worden seien, würden u.a. die technischen Spezifikationen für Lieferaufträge auf CD enthalten.

Im Leistungsverzeichnis werde jede einzelne technische Spezifikation (ebenfalls Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen) angeführt bzw. in der jeweiligen Spezifikation auf weitere notwendige technische Spezifikationen verwiesen, wie z.B. für den Feldanzugknopf. Ohne diese Unterlagen wären aus Sicht des Auftraggebers gar keine Kalkulation und damit keine Legung eines Angebotes möglich.

Der Antragsteller habe mit seiner Unterschrift erklärt, dass die vorliegenden Angebotsunterlagen zur des Angebotslegung ausreichen würden, der Leistungsumfang klar sei und er sich volle Klarheit über alle für die Preisbildung maßgeblichen Umstände verschafft habe.

Mit Schriftsatz vom 3.5.2013 erhob der Auftraggeber sein bisheriges Vorbringen im Nachprüfungsverfahren N/0027-BVA/14/2013 auch zum Vorbringen im Nachprüfungsverfahren N/0032-BVA/14/2013.

Die B*** (im Folgenden präsuntiver Zuschlagsempfänger) erhob mit Schriftsatz vom 7.5.2013 begründete Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG und hat daher Parteistellung im Nachprüfungsverfahren N/0032-BVA/14/2013: Die B*** (im Folgenden präsuntiver Zuschlagsempfänger) erhob mit Schriftsatz vom 7.5.2013 begründete Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG und hat daher Parteistellung im Nachprüfungsverfahren N/0032-BVA/14/2013:

Die Zuschlagsentscheidung habe zu Gunsten der Firma B*** mit dem zweitbilligsten Angebot ergehen müssen. Die Angebotsmuster der A*** hätten nicht den technischen Spezifikationen entsprochen, sodass deren Angebot aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen sei.

Hinsichtlich der bekämpften Ausscheidensentscheidung erhob der präsuntive Zuschlagsempfänger innerhalb der Frist von 10 Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinführung im Internet keine zur Wahrung seiner Parteistellung erforderlichen begründeten Einwendungen iSd § 324 Abs. 3 BVergG. Im Nachprüfungsverfahren N/0027-BVA/14/2013 ist der präsuntive Zuschlagsempfänger daher nicht Partei, sondern bloßer Beteiligter iSd § 8 AVG, dem als solcher lediglich die Mitwirkung an der Feststellung des für die Verwaltungssache maßgebenden Sachverhaltes eingeräumt ist, ohne dass ihm ein Recht auf Erhebung von Anträgen, auf Entscheidung über seine Anregungen oder auf Bescheidzustellung zukommt (vgl. Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 6. Auflage, § 8 RZ 4). Hinsichtlich der bekämpften Ausscheidensentscheidung erhob der präsuntive Zuschlagsempfänger innerhalb der Frist von 10 Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinführung im Internet keine zur Wahrung seiner Parteistellung erforderlichen begründeten Einwendungen iSd Paragraph 324, Absatz 3, BVergG. Im Nachprüfungsverfahren N/0027-BVA/14/2013 ist der präsuntive Zuschlagsempfänger daher nicht Partei, sondern bloßer Beteiligter iSd Paragraph 8, AVG, dem als solcher lediglich die Mitwirkung an der Feststellung des für die Verwaltungssache maßgebenden Sachverhaltes eingeräumt ist, ohne dass ihm ein Recht auf Erhebung von Anträgen, auf Entscheidung über seine Anregungen oder auf Bescheidzustellung zukommt vergleiche Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 6. Auflage, Paragraph 8, RZ 4).

Am 8.5.2013 fand eine mündliche Verhandlung statt, in der der Auftraggeber nunmehr durch die Finanzprokurator vertreten war. Die Parteien bzw. der im Nachprüfungsverfahren N/0027-BVA/14/2013 als bloßer Beteiligter zu

qualifizierende präsumtive Zuschlagsempfänger brachten, soweit entscheidungsrelevant, vor:

Auftraggeber (Frau G***):

Die Ausschreibungsunterlagen seien den Interessenten per Post übermittelt worden. Diese hätten neben dem Ausschreibungstext (6 Seiten) die darin genannten Beilagen und die technischen Spezifikationen umfasst. Die technischen Spezifikationen seien auf CD, die restlichen Unterlagen in Papierform, beides auf dem Postweg, übermittelt worden. Auf der CD habe lediglich die technische Spezifikation für das Nationalitätsabzeichen gefehlt. Darauf sei die vergebende Stelle von der Firma H*** aufmerksam gemacht worden. Die Spezifikation zum Nationalitätsabzeichen sei hierauf allen Interessenten ebenfalls auf dem Postweg nachgereicht worden.

Präsumtiver Zuschlagsempfänger (Frau I***):

Die Ausschreibungsunterlagen einschließlich der technischen Spezifikation zum Nationalitätsabzeichen seien der B*** auf die vom Auftraggeber beschriebenen Art und Weise zugänglich gemacht worden.

Antragsteller (Herr A***):

Die A*** habe die Ausschreibungsunterlagen (Ausschreibungstext, die in der Ausschreibung angeführten Beilagen und die CD mit den technischen Spezifikationen sowie die nachgereichte Spezifikation zum Nationalitätsabzeichen) ebenso auf dem Postweg erhalten.

Die technischen Spezifikationen für Lieferaufträge Hosenknopf, Feldanzugknopf und Klettverschlüsse hätten sich ebenfalls auf der CD befunden. Die übermittelten Ausschreibungsunterlagen seien zur Angebotsstellung ausreichend gewesen. Zur Angebotslegung hätten keine Unterlagen gefehlt.

Antragstellervertreter:

Für die Angebotslegung hätten keinerlei Unterlagen gefehlt. Hinsichtlich der Angebotsmusterlegung werde jedoch auf eine technische Spezifikation verwiesen, die sich offensichtlich auf die Angebotsmuster beziehe. Es gebe in der Ausschreibung offensichtlich keine Festlegung vorab, wie vorzulegende Angebotsmuster auszusehen bzw. welche Musskriterien diese zu erfüllen hätten. Weiters finde sich in der Ausschreibung auch kein Hinweis zur Vorgangsweise, die einzuschlagen sei, falls die eine oder andere produktbezogene technische Spezifikation durch die Angebotsmuster nicht erfüllt werde. Die einzige in der Ausschreibung (Pkt. Angebotsmuster) normierte Rechtsfolge (Ausscheiden) beziehe sich auf die Nichterfüllung der Forderung zur Vorlage von Angebotsmustern binnen 14 Tagen.

Es habe möglicherweise eine eigene technische Spezifikation für Angebotsmuster gegeben. In der Aufforderung zur Vorlage von Angebotsmustern vom 24.1.2013 finde sich erstmalig der Hinweis, dass die vorzulegenden Angebotsmuster genau der geforderten technischen Spezifikation entsprechen müssten.

Antragsteller (Herr A***):

Wenn eine 100%-Forderung statuiert werde, müsse angenommen werden, dass es hierfür eine eigene technische Spezifikation gebe.

Antragsteller (Herr A***) auf Frage der Vorsitzenden, weshalb ihm nicht spätestens im Zeitpunkt der Aufforderung des Auftraggebers zur Mustervorlage, die mit dem ausdrücklichen Hinweis versehen worden sei, dass die vorgestellten Angebotsmuster genau der geforderten technischen Spezifikation entsprechen müssten (wobei die Worte "Hinweis" und "genau" unterstrichen und fett gedruckt seien), auffallen hätte müssen, dass die A*** über eine möglicherweise vorhandene technische Spezifikation für Angebotsmuster nicht verfüge: Der Auftraggeber habe technische Spezifikationen für Lieferaufträge übermittelt. Es sei klar gewesen, dass das Produkt (Angebotsmuster) diesen technischen Spezifikationen für Lieferaufträge zu entsprechen habe. Daraus gehe jedoch nicht hervor, dass die Angebotsmuster den technischen Spezifikationen für Lieferaufträge entsprechen müssten.

Auftraggebervertreter:

Aus der Zusammenschau der Beilagen zur Ausschreibung (insbesondere der technischen Spezifikationen für Lieferaufträge auf CD) mit den Bestimmungen des LV, in denen beim jeweiligen Produkt jeweils auf die konkrete technische Spezifikation für Lieferaufträge verwiesen werde, mit der Bestimmung über Angebotsmuster, hätte ein verständiger Bieter davon ausgehen müssen, dass auch die Angebotsmuster genau den technischen Spezifikationen gemäß LV entsprechen müssten.

Dem Antragsteller sei von Anfang an bewusst gewesen, dass die vorzulegenden Angebotsmuster den technischen Spezifikationen der Beilagen der Ausschreibung (CD) zu entsprechen hätten. Dies ergebe sich daraus, dass der Antragsteller mit den Angebotsmustern vom Auftraggeber gar nicht angeforderte weitere Unterlagen vorgelegt habe, aus denen sich ergeben sollte, dass die Knöpfe aus Polyamid gefertigt seien und die Klettverschlüsse die geforderte Echtheitszahl von mindestens 4 aufweisen würden.

Wäre der Antragsteller davon ausgegangen, dass die entsprechenden technischen Spezifikationen für Lieferaufträge bei der Bemusterung nicht einzuhalten seien, hätte er die entsprechenden Unterlagen wohl nicht vorgelegt.

Weiters werde im Begleitschreiben zur Vorlage der Angebotsmuster vom 5.2.2013 darauf hingewiesen, dass etwa bei der Kampfanzugjacke leicht von einer bestimmten vorgegebenen technischen Spezifikation abgewichen werde. Wären diese technischen Spezifikationen bei der Bemusterung nicht einzuhalten gewesen, wäre nicht zu erklären, warum der Antragsteller auf die Nichteinhaltung ausdrücklich hingewiesen hätte.

Antragstellervertreter:

Die Angebotsmuster seien, wie üblich, mit Zertifikaten versehen worden.

Bereits die "einfache" Auslegung des Pkt. Angebotsmuster der Ausschreibung führe gerade nicht zu dem eindeutigen Ergebnis, dass die Angebotsmuster zu 100% allen technischen Spezifikationen entsprechen müssten. Der Auftraggeber habe dies offenbar auch so gesehen, dass in der Ausschreibung keine 100%ige Spezifikationskonformität der Angebotsmuster gefordert werde. Dies ergebe sich aus dem Hinweis im Aufforderungsschreiben zur Vorlage von Angebotsmustern, wonach diese genau der geforderten technischen Spezifikation entsprechen müssten.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

A. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit der Nachprüfungsanträge:

Der Bund (vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport), ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Es liegt ein Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG vor, der in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Der Bund (vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport), ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Es liegt ein Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG vor, der in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll.

Sowohl der Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes als auch jener auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurden innerhalb der Frist des § 321 Abs. 1 BVergG eingebracht und erfüllen die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG. Sowohl der Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes als auch jener auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurden innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht und erfüllen die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG.

Die Nachprüfungsanträge sind daher zulässig und das Bundesvergabeamt zu deren Behandlung zuständig.

B. Zu den Anträgen im Einzelnen:

1. a)Litera a

Zu Spruchpunkt I:

Vorausgeschickt wird, dass die Ausschreibungsbestimmungen mangels fristgerechter Anfechtung (vgl. § 321 Abs 4 BVergG) bestandfest geworden sind, sodass Auftraggeber und Bieter daran gebunden sind (vgl. etwa VwGH 15.9.2004, ZI. 2004/04/0054). Vorausgeschickt wird, dass die Ausschreibungsbestimmungen mangels fristgerechter Anfechtung vergleiche Paragraph 321, Absatz 4, BVergG) bestandfest geworden sind, sodass Auftraggeber und Bieter daran gebunden sind vergleiche etwa VwGH 15.9.2004, ZI. 2004/04/0054).

Auf Seite 3 der Ausschreibung lautet es:

ANGEBOTSMUSTER: Im Rahmen der Prüfung der Angebote können zur Sicherstellung und Beurteilung der Qualitätserfordernisse zusätzlich Angebotsmuster (gem. techn. Spezifikation für Lieferaufträge) oder Zertifikate gefordert werden.

Diese sind auf Anforderung durch das BMLVS/KA innerhalb von 14 Tagen, gem. beiliegender Auflistung zur Angebotsprüfung kostenlos (gem. DDP!!!) an die HBA, Alexander-Groß-Gasse 67, A 2345 Brunn/Gebirge, Tel. +43(0)50201/2425310 vorzulegen.

Die NICHTERFÜLLUNG dieser Forderung bewirkt das Ausscheiden des Angebotes aus dem Vergabeverfahren!

Auf Seite 6 der Ausschreibung lautet es:

Im Übrigen sind folgende Beilagen Teile dieser Ausschreibung:

- -Strichaufzählung
Leistungsverzeichnis 5 Blatt
- -Strichaufzählung
techn. Spezifikationen für Lieferaufträge auf CD
- -Strichaufzählung
Allgem. Ausschreibungsbestimmungen der Heeresverwaltung (AAB)
- -Strichaufzählung
Allgem. Leistungs(Lieferungs)bestimmungen (ALB) des Bundesministeriums für Landesverteidigung und seiner nachgeordneten Dienststellen - Ausgabe 2002
- -Strichaufzählung
Richtlinien für Auftragnehmer des Bundesheeres
- -Strichaufzählung
Der Fragebogen für "KONFEKTIONS-, WEB-, WIRK- UND STRICKWAREN" ist ausgefüllt dem Angebot beizulegen
- -Strichaufzählung
Auflistung der Angebotsmuster
- -Strichaufzählung
Bankgarantietext

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 Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. 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 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; 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 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 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 Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. 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 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; 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 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/Fruhmann/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8).

Ein durchschnittlicher fachkundiger Bieter unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt musste schon aus dem unmissverständlichen Wortlaut der Bestimmungen betreffend Angebotsmuster [arg. können...zusätzlich Angebotsmuster (gem. techn. Spezifikation für Lieferaufträge)...gefordert werden] im Zusammenhalt mit der die technischen Spezifikationen für Lieferaufträge auf CD zum Bestandteil der Ausschreibung erklärenden Regelung auf Seite 6 der Ausschreibung davon ausgehen, dass die auf Aufforderung vorzulegenden Angebotsmuster - bei sonstiger Angebotsausscheidung - den jeweils maßgebenden technischen Spezifikationen für Lieferaufträge zu entsprechen haben.

Eine Auslegung dahingehend, dass die Angebotsmuster die technischen Spezifikationen für Lieferaufträge dabei nicht zur Gänze erfüllen müssten, sondern hierfür offenbar eine teilweise, "abgestufte" Erfüllung ausreichend sein sollte, wie der Antragstellervertreter vermeint, ("Bereits die einfache Auslegung des Pkt. "Angebotsmuster" der Ausschreibung führe gerade nicht zu dem eindeutigen Ergebnis, dass die Angebotsmuster zu 100% allen technischen Spezifikationen entsprechen müssten"), ist mit den Ausschreibungsregelungen nicht in Einklang zu bringen. Sämtliche technischen Spezifikationen sind auch bei der Angebotsmusterlegung einzuhalten, andernfalls das Angebot auszuschneiden ist.

Hinsichtlich der vom Antragsteller u.a. vorzulegenden Angebotsmuster für Hosenknöpfe sind dies die "Technische Spezifikation für Lieferaufträge Hosenknopf", genehmigt mit Erlass des BMLV vom 31.1.2008; GZ S 94467/1-RD-ARWT/FGP/2008, für die Feldanzugknöpfe die "Technische Spezifikation für Lieferaufträge Feldanzugknopf", genehmigt mit Erlass des BMLV vom 31.1.2008; GZ S 94467/2-RD-ARWT/FGP/2008 und für die Klettverschlüsse (Flausch- und Hakenbänder) die "Technische Spezifikation für Lieferaufträge Klettverschlüsse", genehmigt mit Erlass des BMLV vom 9.6.2008; GZ S 94467/1-FGP/2008.

In Pkt. 2 (Technische Forderungen) der "Technischen Spezifikation für Lieferaufträge Hosenknopf" ist unter dem Unterpunkt "Material" PA 6.6 vorgegeben. Ebenso ist in Pkt. 2 (Technische Forderungen) der "Technischen Spezifikation für Lieferaufträge Feldanzugknopf" unter dem Unterpunkt "Material" Kunststoff, PA 6.6 vorgegeben. In der "Technischen Spezifikation für Lieferaufträge Klettverschlüsse" werden unter Punkt 2 (Technische Forderungen) sowohl für Flauschbänder (Pkt. 2.1.1) als auch für Hakenbänder (Pkt. 2.1.3) unter Pkt. 2.1.5 (Technische Forderungen für alle Bestandteile) unter dem Unterpunkt "Farbechtheiten" Waschechtheit (60°C, 30 Minuten), ÖNORM EN 20105-C06:1994, Echtheitszahlen von mindestens 4 vorgegeben.

Die technischen Spezifikationen wurden vom Auftraggeber allen Interessenten, die die Ausschreibungsunterlagen angefordert hatten, somit auch dem Antragsteller, zusammen mit den in Papierform übermittelten Ausschreibungsunterlagen (das sind der Ausschreibungstext und die auf Seite 6 der Ausschreibung aufgezählten Beilagen mit Ausnahme der technischen Spezifikationen für Lieferaufträge) auf einer CD übermittelt. Wie sich das Bundesvergabeamt durch Herunterladen der auf dieser CD befindlichen Dokumente überzeugen konnte, waren auf der CD alle für den gegenständlichen Auftrag relevanten technischen Spezifikationen (einschließlich der "Technischen Spezifikation für Lieferaufträge Hosenknopf", der "Technischen Spezifikation für Lieferaufträge Feldanzugknopf" und der "Technischen Spezifikation für Lieferaufträge Klettverschlüsse") enthalten (vgl. Auftraggeber und die dies bestätigenden Aussagen des Antragstellers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der mündlichen Verhandlung). Lediglich das Nationalitätsabzeichen hat auf dieser CD gefehlt. Dieses wurde allen Bietern in Papierform auf dem Postweg nachgereicht. Die technischen Spezifikationen wurden vom Auftraggeber allen Interessenten, die die Ausschreibungsunterlagen angefordert hatten, somit auch dem Antragsteller, zusammen mit den in Papierform übermittelten Ausschreibungsunterlagen (das sind der Ausschreibungstext und die auf Seite 6 der Ausschreibung aufgezählten Beilagen mit Ausnahme der technischen Spezifikationen für Lieferaufträge) auf einer CD übermittelt. Wie sich das Bundesvergabeamt durch Herunterladen der auf dieser CD befindlichen Dokumente überzeugen konnte, waren auf der CD alle für den gegenständlichen Auftrag relevanten technischen Spezifikationen (einschließlich der "Technischen Spezifikation für Lieferaufträge Hosenknopf", der "Technischen Spezifikation für Lieferaufträge Feldanzugknopf" und der "Technischen Spezifikation für Lieferaufträge Klettverschlüsse") enthalten (vgl. Auftraggeber und die dies bestätigenden Aussagen des Antragstellers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der mündlichen Verhandlung). Lediglich das Nationalitätsabzeichen hat auf dieser CD gefehlt. Dieses wurde allen Bietern in Papierform auf dem Postweg nachgereicht.

Auch dem Antragsteller dürfte - jedenfalls bis zu jenem Zeitpunkt, zu dem er durch das Bundesvergabeamt mit den die technische Spezifikationskonformität seiner Angebotsmuster eindeutig widerlegenden Laborgutachten der Heeresbekleidungsanstalt konfrontiert wurde - klar gewesen sein, dass die technischen Spezifikationen für Lieferaufträge uneingeschränkt auch auf Angebotsmuster anzuwenden sind.

So ist der Antragsteller im Stadium vor seiner Angebots- und Musterlegung niemals mit allfälligen Zweifeln in Bezug auf den Bedeutungsgehalt des in der Ausschreibung statuierten Erfordernisses zur Vorlage von Angebotsmustern gemäß technischer Spezifikation für Lieferaufträge an den Auftraggeber herantreten. Der Antragsteller schloss seinen dem Auftraggeber vorgelegten Angebotsmustern vielmehr sogar unaufgefordert Bestätigungen seiner Lieferanten an, die belegen sollten, dass die Knöpfe aus dem geforderten Material Polyamid gefertigt seien und die Klettverschlüsse die geforderte Waschechtheitszahl von mindestens 4 aufweisen würden. Schon damit brachte der Antragsteller zum Ausdruck, dass sich die jeweiligen technischen Spezifikationen für Lieferaufträge auch aus seiner Sicht jedenfalls ebenso auf vom Auftraggeber im Zuge der Angebotsprüfung angeforderte Angebotsmuster beziehen würden. Wäre der Antragsteller hingegen der Ansicht gewesen, dass die technischen Spezifikationen für Lieferaufträge für Angebotsmuster nicht verbindlich sein sollten, wäre nicht erklärbar, weshalb er dann seinen Mustern eigens die Einhaltung dieser Eigenschaften bestätigende Unterlagen beigelegt hätte, zumal solche Unterlagen vom Auftraggeber gar nicht verlangt worden waren. Ebenso wies der Antragsteller in seinem Begleitschreiben zur Vorlage der Angebotsmuster vom 5.2.2013 darauf hin, dass etwa bei der "Kampfanzugjacke leicht" von einer bestimmten vorgegebenen technischen Spezifikation abgewichen werde. Im Falle, dass die technischen Spezifikationen für Lieferaufträge nach dem Dafürhalten des Antragstellers für Angebotsmuster gar nicht von Relevanz sein sollten, bestünde diesbezüglich auch kein "Erklärungsbedarf".

Auch in seinem Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung des Ausscheidens seines Angebotes vom 4.4.2013 ist dementsprechend keine Rede davon, dass die zum Ausschreibungsbestandteil erklärten technischen Spezifikationen für Lieferaufträge auf Angebotsmuster keine Anwendung finden sollten. Der Antragsteller bringt vielmehr vor, dass die geforderten technischen Spezifikationen bei seinen Angebotsmustern erfüllt seien und schloss "zum Beweis" dafür seinem Schriftsatz die bereits erwähnten, dem Auftraggeber zusammen mit den Angebotsmustern vorgelegten Unterlagen, an. Schließlich beantragte der Antragsteller auch die Bestellung eines Sachverständigen "zum Beweis" dafür, dass seine vorgelegten Angebotsmuster spezifikationskonform gewesen seien.

Erst in seinem Schriftsatz vom 23.4.2013 - offenbar nachdem er sich der endgültigen Konsequenzen der negativen Prüfergebnisse der Heeresbekleidungsanstalt bewusst geworden war - bringt der Antragsteller plötzlich und erstmalig vor, dass die in Rede stehenden technischen Spezifikationen für Lieferaufträge auf Angebotsmuster gar nicht anwendbar sein sollen. Hiefür würde es nämlich eine eigene, speziell die technischen Spezifikationen für Angebotsmuster für Lieferaufträge regelnde weitere technische Spezifikation geben, die ihm allerdings nicht zugänglich gemacht worden sei (vgl. auch Antragstellervertreter in der mündlichen Verhandlung: Erst in seinem Schriftsatz vom 23.4.2013 - offenbar nachdem er sich der endgültigen Konsequenzen der negativen Prüfergebnisse der Heeresbekleidungsanstalt bewusst geworden war - bringt der Antragsteller plötzlich und erstmalig vor, dass die in Rede stehenden technischen Spezifikationen für Lieferaufträge auf Angebotsmuster gar nicht anwendbar sein sollen. Hiefür würde es nämlich eine eigene, speziell die technischen Spezifikationen für Angebotsmuster für Lieferaufträge regelnde weitere technische Spezifikation geben, die ihm allerdings nicht zugänglich gemacht worden sei vergleiche auch Antragstellervertreter in der mündlichen Verhandlung:

"Hinsichtlich der Angebotsmusterlegung werde jedoch auf eine technische Spezifikation verwiesen, die sich offensichtlich auf die Angebotsmuster beziehe...Es habe möglicherweise eine eigene technische Spezifikation für Angebotsmuster gegeben").

Der Antragsteller vermeint, aus der Verwendung des Plurals im Pkt. "Angebotsmuster" der Ausschreibung (gem. techn. Spezifikation für Lieferaufträge) schließen zu können, dass es sich hierbei nicht um techn. Spezifikationen für den konkret ausgeschriebenen Auftrag, sondern um für eine Mehrzahl, offenbar anderer Aufträge als den gegenständlichen Lieferauftrag maßgebliche, technische Spezifikationen handeln solle.

Diese Auffassung entbehrt jeglicher Nachvollziehbarkeit. Die konkret maßgeblichen technischen Spezifikationen sind übertitelt mit "Technische Spezifikation für Lieferaufträge Hosenknopf", "Technische Spezifikation für Lieferaufträge Feldanzugknopf" und "Technische Spezifikation für Lieferaufträge Klettverschlüsse". Es kann daher kein Zweifel daran

bestehen, dass auch in Bezug auf den gegenständlichen Auftrag einschließlich auf die im Rahmen der Angebotslegung allenfalls vorzulegenden Angebotsmuster die einschlägigen technischen Spezifikationen für Lieferaufträge, konkret für Hosenknöpfe, Feldanzugknöpfe und Klettverschlüsse anzuwenden sind.

Sofern der Antragsteller behauptet, dass im Punkt "Angebotsmuster" der Ausschreibung auf ein speziell für Angebotsmuster für Lieferaufträge geltendes Spezifikationsdokument verwiesen werde, ist festzuhalten, dass die Ausschreibungsunterlage für diese Auffassung keinerlei Grundlage bietet.

Sollte der Antragsteller tatsächlich die Existenz einer weiteren, speziell die technischen Spezifikationen für Angebotsmuster für Lieferaufträge regelnden Spezifikation angenommen haben, hätte ihm jedenfalls spätestens im Zeitpunkt des Erhalts des Aufforderungsschreibens des Auftraggebers zur Vorlage von Angebotsmustern vom 24.1.2013 das Fehlen des entsprechenden Spezifikationsdokumentes auffallen hätte müssen. Im letzten Absatz des Aufforderungsschreibens fand sich folgender ausdrücklicher Hinweis:

HINWEIS: Die vorgestellten Angebotsmuster müssen genau der geforderten techn. Spezifikation entsprechen. Damit machte der Auftraggeber den Antragsteller nochmals ausdrücklich auf das in der Ausschreibung normierte Erfordernis aufmerksam, dass die Angebotsmuster den technischen Spezifikationen für Lieferaufträge zu entsprechen haben. Als ein an einer erfolgreichen Angebotslegung ernsthaft interessierter und sorgfältiger Bieter hätte sich der Antragsteller allerspätestens dann, nicht zuletzt auch im Hinblick auf die optische Gestaltung dieses Hinweises - die Worte "Hinweis" und "genau" sind jeweils unterstrichen und zusätzlich in Fettdruck gehalten - veranlasst sehen müssen, beim Auftraggeber dieses ihm bislang offensichtlich fehlende, für eine ausschreibungskonforme Musterlegung jedoch wesentliche Dokument, zu reklamieren. Schließlich gestand der Antragsteller (Herr A***), als er in der mündlichen Verhandlung von der Vorsitzenden mit diesem Vorhalt konfrontiert wurde, jedoch ohnehin ausdrücklich ein, dass auch ihm klar gewesen sei, dass die Angebotsmuster den vom Auftraggeber übermittelten technischen Spezifikationen für Lieferaufträge zu entsprechen hätten ["Der Auftraggeber habe technische Spezifikationen für Lieferaufträge übermittelt. Es sei klar gewesen, dass das Produkt (Angebotsmuster) diesen technischen Spezifikationen für Lieferaufträge zu entsprechen habe"]. Dass Herr A*** diese eindeutige Aussage mit dem sich unmittelbar daran anschließenden, das Gegenteil behauptenden Satz ("Daraus gehe jedoch nicht hervor, dass die Angebotsmuster den technischen Spezifikationen für Lieferaufträge entsprechen müssten"), wieder ungeschehen machen lassen wollte, vermag daran nichts zu ändern.

All dies zeugt von der Unglaubwürdigkeit des Vorbringens, dass dem Antragsteller nicht bewusst gewesen sein will, dass die technischen Spezifikationen für Lieferaufträge auch für Angebotsmuster maßgeblich seien. In Wahrheit war dem Antragsteller wohl von Anfang an bewusst, dass die vom Auftraggeber mit den Ausschreibungsunterlagen übermittelten technischen Spezifikationen selbstverständlich auch in Bezug auf Angebotsmuster einzuhalten sind. Das im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstattete gegenteilige Vorbringen ist als bloße Schutzbehauptung anzusehen.

Fest steht, wie auch der Antragsteller gar nicht bestreitet, sondern vielmehr unter Betonung der hohen Fachkompetenz der Prüfer der Heeresbekleidungsanstalt ausdrücklich außer Streit stellt, dass die vorgelegten Hosenknopfmuster wie auch die vorgelegten Feldanzugknopfmuster nicht aus Polyamid (PA 6.6), sondern aus Polyester gefertigt sind. Ebenso weisen die vorgelegten Klettverschlüsse nicht die in der entsprechenden technischen Spezifikation für Lieferaufträge geforderte Waschechtheitszahl von mindestens 4 auf (siehe Sachverhalt). Das Bundesvergabeamt hat keine Veranlassung, die Richtigkeit der die mangelnde Spezifikationskonformität der Angebotsmuster feststellenden, ihm vollständig vorliegenden Prügutachten des Textiltechnischen & chemischen Prüfzentrums der Heeresbekleidungsanstalt in Zweifel zu ziehen, zumal es sich hierbei auch um eine vom TÜV nach der ISO Norm 9001 zertifizierte Prüfeinrichtung handelt.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung u.a. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuscheiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung u.a. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuscheiden.

In der bestandfesten Ausschreibung wird die Vorlage von den technischen Spezifikationen für Lieferaufträge nicht entsprechenden Angebotsmustern im Rahmen der Angebotsprüfung, ausdrücklich unter Ausscheidenssanktion gestellt [...können zusätzlich Angebotsmuster (gem. techn. Spezifikation

für Lieferaufträge... gefordert werden...Die NICHTERFÜLLUNG dieser

Forderung bewirkt das Ausscheiden des Angebotes aus dem Vergabeverfahren!]).

Daran, dass nicht nur eine unterbliebene Angebotsmustervorlage, sondern auch eine Vorlage von den technischen Spezifikationen nicht entsprechenden Angebotsmustern das Ausscheiden des Angebotes nach sich zieht, kann unter Zugrundelegung des eingangs wiedergegebenen maßgeblichen Interpretationsmaßstabes der Ausschreibung nach ihrem objektiven Erklärungswert kein Zweifel bestehen.

Das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers ist daher - in Bindung des Auftraggebers an seine bestandsfesten Ausschreibungsfestlegungen - zu Recht erfolgt.

Auch das vom Antragsteller ins Treffen geführte Erkenntnis des VwGH vom 12.5.2011, ZI.2007/04/0012, vermag zu keiner abweichenden Beurteilung zu führen. Der VwGH hat im zit. Erkenntnis ausgesprochen, dass anhand eines Vergleiches des Angebotes mit der Ausschreibung und nicht aus einem Vergleich eines vom Bieter vorgelegten Warenmusters mit jener Ware, die er "zu liefern gedachte", zu bestimmen ist, ob ein Angebot iSd § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG als ausschreibungswidrig zu qualifizieren ist. Wie der VwGH im zit. Erkenntnis weiter ausführt, ist entscheidend, ob ein bestimmtes Erfordernis bzw. eine konkrete Produkteigenschaft bereits in der Ausschreibung verlangt waren. Genau dies ist gegenständlich, anders als in dem damals dem VwGH zur Beurteilung vorgelegenen Sachverhalt, jedoch der Fall, da das Erfordernis der technischen Spezifikationskonformität der Angebotsmuster - bei sonstigem Ausscheiden - bereits in der Ausschreibung ausdrücklich normiert wird (siehe den Punkt "Angebotsmuster", Seite 3 der Aussschreibung). Daraus folgt, dass bereits im Zeitpunkt der Bemusterung alle in den technischen Spezifikationen für Lieferaufträge normierten Anforderungen vorliegen müssen. Ist dies nicht der Fall, liegt ein ausschreibungswidriges Angebot vor. Als ausschreibungswidriges Angebot wäre das Angebot des Antragstellers im Übrigen selbst dann gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen, wenn der Auftraggeber keine ausdrückliche Festlegung der Ausscheidenssanktion in der Ausschreibung vorgenommen hätte. Eine nochmalige "Festlegung" eines sich ohnedies bereits aus dem Gesetz ergebenden zwingenden Ausscheidensgrundes in der Ausschreibung ist nicht geboten. Auch das vom Antragsteller ins Treffen geführte Erkenntnis des VwGH vom 12.5.2011, ZI. 2007/04/0012, vermag zu keiner abweichenden Beurteilung zu führen. Der VwGH hat im zit. Erkenntnis ausgesprochen, dass anhand eines Vergleiches des Angebotes mit der Ausschreibung und nicht aus einem Vergleich eines vom Bieter vorgelegten Warenmusters mit jener Ware, die er "zu liefern gedachte", zu bestimmen ist, ob ein Angebot iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG als ausschreibungswidrig zu qualifizieren ist. Wie der VwGH im zit. Erkenntnis weiter ausführt, ist entscheidend, ob ein bestimmtes Erfordernis bzw. eine konkrete Produkteigenschaft bereits in der Ausschreibung verlangt waren. Genau dies ist gegenständlich, anders als in dem damals dem VwGH zur Beurteilung vorgelegenen Sachverhalt, jedoch der Fall, da das Erfordernis der technischen Spezifikationskonformität der Angebotsmuster - bei sonstigem Ausscheiden - bereits in der Ausschreibung ausdrücklich normiert wird (siehe den Punkt "Angebotsmuster", Seite 3 der Aussschreibung). Daraus folgt, dass bereits im Zeitpunkt der Bemusterung alle in den technischen Spezifikationen für Lieferaufträge normierten Anforderungen vorliegen müssen. Ist dies nicht der Fall, liegt ein ausschreibungswidriges Angebot vor. Als ausschreibungswidriges Angebot wäre das Angebot des Antragstellers im Übrigen selbst dann gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen, wenn der Auftraggeber keine ausdrückliche Festlegung der Ausscheidenssanktion in der Ausschreibung vorgenommen hätte. Eine nochmalige "Festlegung" eines sich ohnedies bereits aus dem Gesetz ergebenden zwingenden Ausscheidensgrundes in der Ausschreibung ist nicht geboten.

1. b) Litera b

Zu Spruchpunkt II:

Wie sich aus den Ausführungen zu Spruchpunkt I ergibt, wurde das Angebot des Antragstellers zu Recht ausgeschieden und kam dieses somit für eine Zuschlagserteilung von vornherein nicht in Betracht. Somit konnte dem Antragsteller aus seinem - zu Recht erfolgten Ausscheiden - aber auch kein Schaden erwachsen. Wie sich aus den Ausführungen zu Spruchpunkt römisch eins ergibt, wurde das Angebot des Antragstellers zu Recht ausgeschieden und kam dieses somit für eine Zuschlagserteilung von vornherein nicht in Betracht. Somit konnte dem Antragsteller aus seinem - zu Recht erfolgten Ausscheiden - aber auch kein Schaden erwachsen.

Mangelt es einem Angebot aber bereits an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des BVergG und den hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der VwGH bereits

wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSd § 320 Abs. 1 BVergG zu verneinen (vgl. VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039 ua; ebenso BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; BVA 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29; BVA 25.8.2008, N/0059-BVA/09/2008-78, N/0100-BVA/09/2008-18 uva). Mangelt es einem Angebot aber bereits an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des BVergG und den hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der VwGH bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zu verneinen vergleiche VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039 ua; ebenso BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; BVA 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29; BVA 25.8.2008, N/0059-BVA/09/2008-78, N/0100-BVA/09/2008-18 uva).

Da somit eine notwendige Voraussetzung für die Antragstellung gemäß § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG fehlt, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mangels Antragslegitimation zurückzuweisen. Da somit eine notwendige Voraussetzung für die Antragstellung gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG fehlt, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

1. c) Litera c

Zu Spruchpunkt III:

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.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt I ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung des Ausscheidens seines Angebotes (GZ: N/0027-BVA/14/2013-1) auch nicht teilweise obsiegt. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren (Auferlegung an den Auftraggeber) war daher abzuweisen. Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung des Ausscheidens seines Angebotes (GZ: N/0027-BVA/14/2013-1) auch nicht teilweise obsiegt. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren (Auferlegung an den Auftraggeber) war daher abzuweisen.

1. d) Litera d

Zu Spruchpunkt IV:

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.

Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt II ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung (GZ: N/0032- BVA/14/2013-1) auch nicht teilweise obsiegt. Der für den Nachprüfungsantrag geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher ebenfalls abzuweisen. Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch zwei ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung (GZ: N/0032- BVA/14/2013-1) auch nicht teilweise obsiegt. Der für den Nachprüfungsantrag geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher ebenfalls abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

22.07.2013

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