

TE Verg Bescheid 2012/11/26 N/0095-BVA/04/2012-24

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.11.2012

Norm

BVergG 2006 §106 Abs7

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 § 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. 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. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie durch Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabe-gesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne, Außenanlagen" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 5.10.2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie durch Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabe-gesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins,

Nr 10 aus 2012, (BVerG), betreffend das Vergabeverfahren "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne, Außenanlagen" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 5.10.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 26.9.2012 wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 26.9.2012 wird zurückgewiesen.

III.römisch drei.

Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 6.900,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen des Rechtsvertreters des Antragstellers wird abgewiesen.

Begründung

Die europaweite Bekanntmachung des Bauauftrages zu den Außenanlagen der Montecuccoli-Kaserne in Güssing erfolgte in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip [Preis (98%), Gewährleistung (2%)] am 4.7.2012 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter der Zahl 2012/S 126/208541.

In der Einladung zur Angebotsabgabe war zu den Angebotsbestimmungen unter den Punkten 2 und 3 Nachfolgendes ausgeführt:

"

1. 2.Ziffer 2

Die in Leistungsverzeichnissen namentlich angeführten bestimmten Erzeugnisse (Referenzfabrikate und Typen) sollen, über die Leistungsbeschreibung hinausgehend, den gewünschten Standard festlegen. Sofern der Positionstext "oder gleichwertiger Art" enthält, kann der Bieter ein Fabrikat und Type seiner Wahl einsetzen. Der Bieter hat durch Prüfzeugnisse anerkannter Prüf- und Eichlaboratorien sowie Inspektions- und Zertifizierungsstellen im Sinne des BVerG die Gleichwertigkeit vollständig nachzuweisen. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt gemäß § 106 Abs. 7 BVerG 2006 das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat. Die in Leistungsverzeichnissen namentlich angeführten bestimmten Erzeugnisse (Referenzfabrikate und Typen) sollen, über die Leistungsbeschreibung hinausgehend, den gewünschten Standard festlegen. Sofern der Positionstext "oder gleichwertiger Art" enthält, kann der Bieter ein Fabrikat und Type seiner Wahl einsetzen. Der Bieter hat durch Prüfzeugnisse anerkannter Prüf- und Eichlaboratorien sowie Inspektions- und Zertifizierungsstellen im Sinne des BVerG die Gleichwertigkeit vollständig nachzuweisen. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt gemäß Paragraph 106, Absatz 7, BVerG 2006 das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.

Erfordern die als gleichwertig angebotenen Materialien bzw. Erzeugnisse das Ändern von Plänen und/oder ausgeführten Leistungen, so gehen im Falle der Beauftragung die daraus entstehenden Kosten zu Lasten des Bieters. Setzt ein Bieter bei den entsprechenden Positionen in die hierfür vorgesehenen Zeilen (Bieterlücken) keine Erzeugnisse oder Materialien seiner Wahl ein, so gelten die beispielhaft angeführten Erzeugnisse oder Materialien als angeboten.

1. 3.Ziffer 3

Der Bieter muss sein Angebot gemäß §§ 106 bis 111 BVerG 2006 erstellen, sofern die gegenständlichen Angebotsbestimmungen und Vertragsbestandteile keine anderen Bestimmungen enthalten. Der Bieter muss sein Angebot gemäß Paragraphen 106 bis 111 BVerG 2006 erstellen, sofern die gegenständlichen Angebotsbestimmungen und Vertragsbestandteile keine anderen Bestimmungen enthalten.

Ein Angebot gilt nur dann als ausschreibungsgemäß, wenn es auf den Vordrucken des Auftraggebers erstellt wurde. Davon unberührt bleiben die Bestimmungen über die Angebotsabgabe mittels Datenträger. Angebote sind in

deutscher Sprache zu erstellen. Preise sind in Euro anzugeben. Fehlerhafte und unvollständige Angebote werden, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, gemäß § 129 BVergG 2006 ausgeschieden. Ein Angebot gilt nur dann als ausschreibungsgemäß, wenn es auf den Vordrucken des Auftraggebers erstellt wurde. Davon unberührt bleiben die Bestimmungen über die Angebotsabgabe mittels Datenträger. Angebote sind in deutscher Sprache zu erstellen. Preise sind in Euro anzugeben. Fehlerhafte und unvollständige Angebote werden, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 ausgeschieden.

....."

Im Leistungsverzeichnis der gegenständlichen Ausschreibung war

Nachfolgendes ausgeführt:

".....

Ständige Vorbemerkung der LB

Standardisierte Leistungsbeschreibung:

Dieses Leistungsverzeichnis (LV) wurde mit der

Standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau (LB-HB),

Version 17, 2005-04, herausgegeben vom Bundesministerium für

Wirtschaft und Arbeit, erstellt.

.....

Material/Erzeugnis/Type:

Nachstehend werden Bauprodukte, wie Baumaterialien, Bauelemente, Bausysteme und dergleichen mit dem Begriff Material bezeichnet, für technische Geräte und Anlagenteile wird der Begriff Erzeugnis/Type verwendet.

Bieterangaben:

Zu den in den einzelnen Unterleistungsgruppen angegebenen Positionen sind vom Bieter - sofern vorgesehen - in den Bieterlücken angebotene Materialien/Erzeugnisse/Typen genannt. Die angebotenen

Materialien/Erzeugnisse/Typen entsprechen mindestens den in der Ausschreibung bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Spezifikationen. Auf Verlangen des Auftraggebers weist der Bieter die in der Ausschreibung bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Spezifikationen vollständig nach (Erfüllung der Mindestqualität).

Die den Anforderungen entsprechenden angebotenen Materialien/Erzeugnisse/Typen gelten für den Fall des Zuschlages als Vertragsbestandteil. Nachträgliche Änderungen sind nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Auftraggebers zulässig.

Wenn nicht anders angegeben, werden Eigenschaften, die über die Mindestqualität hinausgehen, vom Auftraggeber bei der Zuschlagsentscheidung nicht gewertet.

Beispielhafte Materialien/Erzeugnisse/Typen:

Sind im Leistungsverzeichnis zu den in den einzelnen Unterleistungsgruppen angegebenen Positionen zusätzlich beispielhafte Materialien/Erzeugnisse/Typen angeführt, können - sofern vorgesehen - in der jeweiligen Bieterlücke gleichwertige Bauprodukte angeboten werden. Die Kriterien der Gleichwertigkeit sind bei den angegebenen Positionen beschrieben.

Auf Verlangen des Auftraggebers weist der Bieter die Erfüllung der Gleichwertigkeit vollständig nach.

Setzt der Bieter in die Bieterlücke keine Materialien/Erzeugnisse/Typen seiner Wahl ein, gelten die beispielhaft genannten Bauprodukte als angeboten.

Für die vom Auftraggeber genannten beispielhaften Bauprodukte gilt die Erfüllung der Kriterien auch ohne Nachweis als erbracht.

Zulassung:

.....

00 Allgemeine Bestimmung

.....

01 Baustellengemeinkosten

.....

13 Außenanlagen

.....

131452A Z Randstein Beton 12/20 BB gerade AN

Produktvorschlag: Semmelrock

Betonrandleiste 100,3x12,3x20 cm

oder gleichwertig. Angebotenes

Erzeugnis:

Lo

So

900,00 m EP

.....

131452E Z Randstein Beton 18/20 BB gerade AN

Produktvorschlag: Semmelrock Hochboard

100x20x18 cm oder gleichwertig.

Angebote Erzeugnis:.....

Lo

So

2.200,00 m

EP

.....

59 Sportanlagen im Freien

.....

5903 Sicherheitseinfassungen-Entwässerungsrinnen

Ständige Vertragsbestimmungen:

Die erforderlichen Erd- und Betonarbeiten, sowie das

Entsorgen des anfallenden Aushubmaterials ist in die

Einheitspreise einkalkuliert.

590301 Sicherheitsrandsteine aus Glasfaserbeton mit 30 mm

hohen temperaturbeständigen Gummipolster mit dem

Faserbeton fest verbunden. Angegeben sind: Breite x

Höhe in cm, Gummipolster weiß oder schwarz. Lt GPL

Angebotenes Material:

590301B Sicherheitsrandst.6x20, schwarz

Lo

So

150,00 m

EP

5921 Z Aufbau für Finnenbahn

Aussenanlagen

592102 Vlies, wasserdurchlässig, mit 30 cm breiten

Übergriffen erlegt, abgerechnet wird die

abgedeckte Fläche. Lt Ö-Norm Angebotenes Material:

....

592102A Z PP-Vlies 250g

In Übergriffen verlegt, abgerechnet wird die

abgedeckte Fläche. Aus Polypropylen (PP), 250 g/m².

Lo

So

1.000,00 m²

EP

.....

592103 Tragschichte aus mineralischen Baustoffen z.B.

Bergbauschlacke, Haldenmaterial, Hüttenbims oder

Bruchschotter nach Wahl des Auftragnehmers, Körnung

im Körnungslinienbereich für Tragschichtbaustoffe,

verdichtet, zulässige Abweichung von der Sollhöhe

+/- 15 mm Ebenheit: höchstens 10 mm Spalt unter der

4 m Richtlatte. Angebotenes Material:

592103D Z Tragschichte 1-lagig 20 cm

Einlagig 20cm dick. Angebotenes Material: lt. Ö-

NORM B 2606-3

Lo

So

1.000,00 m²

EP

.....

.....

5940 Aufbau für Kunststoffflächen

Ständige Vertragsbestimmungen:

Die Eignung des angebotenen Kunststoffbelages gemäß den Richtlinien des österreichischen Institutes für Schul- und Sportstättenbaus (OISS) 1040 Wien, Prinz Eugenstr.12 wird durch einen Prüfbericht

(Eignungsbericht) einer akkreditierten Prüf- oder

Überwachungsstelle nachgewiesen.

Wenn nicht anders angegeben, erfolgt das Verlegen

der Kunststoffbeläge auf gebundenen Tragschichten.

594001 Punktelastischer Kunststoffbelag mit gleichmäßiger

Struktur, Ortseinbau (in situ), aus rot

durchgefärbtem, polyurethanegebundenem Kunststoffgranulat, einschließlich Aufbringen einer Kunststoffhaftbrücke.

Ebenheit: höchstens 6 mm Spalt unter der 4 m Richtlatte. Lt Ö-Norm Angebotenes

Material:

594001C Kst.Belag rot LA-Fl. wd
Für Leichtathletikflächen, wasserdurchlässig (wd).
Angebotene Dicke:
Lo
So
650,00 m2 EP

.....
.....

5945 Kunststoffflächen markieren
594501 Markierungslinien auf vorhandenen Kunststoffbelägen
deckend aufstreichen oder aufspritzen, Farbe
handelsüblich nach Wettkampfbestimmungen. Die
verwendeten Materialien müssen auf der
Belagsoberfläche haften und hinsichtlich Härte und
Dehnbarkeit auf die Eigenschaften des Belages
abgestimmt sein. Verarbeitungsrichtlinien einhalten.

Angebotenes Material:

594501A Markieren Kst.Belag 5cm
5 cm breit.
Lo
So
60,00 m EP

.....

596002 Rahmen für Absprungbalken aus Aluminium
oder feuerverzinktem Stahl nach Wahl
des Auftragnehmers, mit Ankerpratzen
versetzen, einschließlich Erd- und Betonar-
beiten. inkl. aller Nebenleistungen

Angebotenes Material:

596002A Rahmen 122x34x10 cm
122 cm lang, 34 cm breit und 10 cm
dick.

Lo
So
2 ST EP

.....

596003 Absprungbalken 122 cm lang, 34 cm breit und 10 cm
dick, mit auswechselbarem Einlagebrett und

Absprungbrett. inkl. aller Nebenleistungen

Angebotenes Material:....

596003A Absprungbalken KST.122x34cm

Aus Kunststoff (KST.).

Lo

So

2 ST

EP

.....

.....

596306 Abstoßbalken für Kugelstoßen, Innenlänge 1,22 m,

11,4 cm dick und außen 8 cm

hoch, einschließlich Befestigung auf dem Boden.

586306B Abstoßbalken Kugel GFK

Abstoßbalken aus glasfaserverstärktem Kunststoff

(GFK). Angebotenes Material....

Lo

So

1 ST

EP

.....

.....

5970 Fußball, Handball

597003 Jugendfußballtor 5,0 x 2,0 m groß, Torrahmen aus

Aluminiumsicherheitsprofil 115 x 100 x 2,5 m natur

eloxiert, mit Netzauslegern,Netzhaken, Netzbalken

und Netzbügeln, ohne Netz, einschließlich Erd- und

Betonarbeiten und Entsorgung des anfallenden

Erdmaterials.

Verrechnungseinheit VE = 1 Paar Tore Angebotenes

Material:

597003B Jugendtor steckbar 5,0x2,0m

In steckbarer Ausführung, einschließlich

korrosionsgeschützter Bodenhülsen mit Entwässerung

und Deckeln.

Lo

.....

So

1,00 VE

EP

.....

597004 Netz für Jugendfußballtor 5,0 x 2,0 m aus grüner

Polyethylenschnur (PE), Maschenweite 10 cm,

Verrechnungseinheit VE = 1 Paar. Tore

Angebotenes Material ...

597004B Jugendnetz PE-Schnur 4mm

Schnur 4 mm dick.

Lo

So

1,00 VE EP

.....

597008 Bodenhülse für Eckfahne mit Deckel,

einschließlich Versetzen. Inkl. aller Neben-

leistungen. Angebotenes Material:...

597008A Bodenhülse KS mit Deckel

Aus Kunststoff.

Lo

So

4 ST EP

.....

LG 59 Sportanlagen im Freien

Summe

....."

Neben weiteren Bietern legten die A*** (in der Folge Antragsteller - Euro 2.239.348,48) und die B*** (präsumtiver Zuschlagsempfänger - Euro 2.343.567,35) mit einer einjährigen Verlängerung der Gewährleistungsfrist ein Angebot.

Der Antragsteller führte im Leistungsverzeichnis in nachfolgend aufgezählten Positionen Folgendes an: "

LGPosN

r

Beschreibung der Leistung

Z PVZ

Z

GRW

Lohn

Sonstiges

Einheitspreis

x

Menge

EH = Positionspreis

13.14.52 Randsteine aus Beton, Abmessungen

x(b)/x(h) in eine nach gesonderter

Position hergestellte Betonbettung

(BB) versetzen mit Liefern der

geraden Steine durch den Auftragnehmer

(AN) bzw. Beistellung der Steine frei

Baustelle durch den Auftraggeber (AG).

Die Randsteine sind in eine Betonbettung

flucht- und höhenrecht zu versetzen.

Die Fugen sind mit Zementmörtel zu verfugen.

Die Leistung beinhaltet auch: - den Fugenmörtel.

Gesondert vergütet wird: - die Unterlage,

die Rückenstütze.

13.14.52.A Randsteine Beton 10/20 BB gerade AN

Z W

Produktvorschlag: Semmelrock Betonrandleiste

100,3x12,3x20 cm

oder gleichwertig. Angebotenes Erzeugnis:

.....

9,50

9,06 18,56 900,00 m 16.704,00

13.14.52.E Randsteine Beton 18/20 BB gerade AN

Z W

Produktvorschlag: Semmelrock Hochbord

100x20x18 cm oder

gleichwertig. Angebotenes Erzeugnis:

.....

9,50

10,56 20,06 2.200,00 m 44.132,00

.....

59.03.01 Sicherheitsrandsteine aus Glasfaserbeton

mit 30 mm hohen temperaturbeständigen

Gummipolster mit dem Faserbeton fest verbunden.

Angegeben sind: Breite x Höhe in cm, Gummipolster

weiß oder schwarz. Lt. GPL Angebotenes Material:

.....

59.03 01 B Sicherheitsrandst.6x20,schwarz

12,04

55,12 67,16 150,00 m 10.074,00

59.21 02 Vlies, wasserdurchlässig, mit 30 cm breiten

Übergriffen verlegt, abgerechnet wird die
abgedeckte Fläche. Lt. Ö-Norm Angebotenes Material:

.....

59.21 02 A PP-Vlies 250g

Z

In Übergriffen verlegt, abgerechnet wird
die abgedeckte Fläche. Aus Polypropylen
(PP), 250 g/m².

0,17

1,21 1,38 1.000,00 m² 1.380,00

59.21 03 Tragschichte aus mineralischen Baustoffen
z.B. Bergbauschlacke, Haldenmaterial,
Hüttenbims oder Bruchschotter nach Wahl des
Auftragnehmers, Körnung im
Körnungslinienbereich für Tragschichtbaustoffe,
verdichtet, zulässige Abweichung von der
Sollhöhe +/- 15 mm. Ebenheit: höchstens
10 mm Spalt unter der 4 m Richtlatte.
Angebotenes Material:

.....

59.21 03 D Tragschichte 1-lagig 20 cm

Z

Einlagig 20cm dick. Angebotenes Material:
lt. ÖNORM B 2606-3

2,28

4,88 7,16 1.000,00 m² 7.160,00

.....

59.40 01 Punktelastischer Kunststoffbelag mit gleichmäßiger
Struktur,
Ortseinbau, (in situ), aus rot durchgefärbtem,
polyurethanegebundenem Kunststoffgranulat,
einschließlich Aufbringen einer
Kunststoffhaftbrücke. Ebenheit: höchstens 6 mm
Spalt unter der 4 m Richtlatte. Lt. Ö-Norm
Angebotenes Material:

.....

59.40 01 C Kst.Belag rot LA-Fl. wd

Für Leichtathletikflächen, wasserdurchlässig

(wd).

Angebotene Dicke:

.....

4,90

35,50 40,40 650,00 m2 26.260,00

.....

59.45 01 Markierungslinien auf vorhandenen
Kunststoffbelägen deckend aufstreichen
oder aufspritzen, Farbe handelsüblich nach
Wettkampfbestimmungen. Die verwendeten
Materialien müssen auf der Belagsoberfläche
haften und hinsichtlich Härte und Dehnbarkeit

auf die Eigenschaften des

Belages abgestimmt

sein.

Verarbeitungsrichtlinien

einhalten. Angebotenes

Material:

.....

59.45 01 A Markieren Kst.Belag

5cm

5 cm breit

1,50

1,50 3,00 60,00 m 180,00

.....

59.60 02 Rahmen für Absprungbalken aus Aluminium oder
feuerverzinktem Stahl nach Wahl des Auftragnehmers,
mit Ankerpratzen versetzen, einschließlich Erd-
und Betonarbeiten. inkl. aller Nebenleistungen

Angebotenes Material:

.....

59.60 02 A Rahmen 122x34x10cm

122 cm lang, 34 cm breit und 10 cm dick

10,00

63,50 73,50 2,00 ST 147,00

59.60 03 Absprungbalken 122 cm lang, 34 cm breit
und 10 cm dick, mit auswechselbarem
Einlagebrett und Absprungbrett. inkl. aller

Nebenleistungen Angebotenes Material:

.....

59.60 03 A Absprungbalken KST.122x34cm

Aus Kunststoff (KST.).

20,00

177,50 197,50 2,00 ST 395,00

.....

59.63 06 Abstoßbalken für Kugelstoßen,
Innenlänge 1,22 m, 11,4 cm dick und
außen 8 cm hoch, einschließlich
Befestigung auf dem Boden.

59.63 06 B Abstoßbalken Kugel GFK
Abstoßbalken aus glasfaserverstärktem
Kunststoff (GFK).

Angebotenes Material:

.....

10,00

71,00 81,00 1,00 ST 81,00

.....

59.70 03 Jugendfußballtor 5,0 x 2,0 m groß, Torrahmen
aus Aluminiumsicherheitsprofil 115 x 100 x 2,5 m
natur eloxiert, mit Netzauslegern, Netzhaken,
Netzbalken und Netzbügeln, ohne Netz,
einschließlich Erd- und Betonarbeiten und
Entsorgung des anfallenden Erdmaterials.

Verrechnungseinheit VE = 1 Paar Tore

Angebotenes Material:

.....

59.70 03 B Jugendtor steckbar 5,0x2,0m

In steckbarer Ausführung,

einschließlich

korrosionsgeschützter Bodenhülsen mit

Entwässerung und Deckeln.

100,00

769,00 869,00 1,00 VE 869,00

59.70 04 Netz für Jugendfußballtor 5,0 x 2,0 m aus
grüner Polyethylenschnur (PE),
Maschenweite 10 cm,

Verrechnungseinheit VE = 1 Paar.

Tore Angebotenes Material:

.....

59.70 04 B Jugendnetz PE-Schnur 4mm

Schnur 4mm dick

10,00

27,00 37,00 1,00 VE 37,00

59.70 08 Bodenhülse für Eckfahne mit Deckel,

einschließlich Versetzen. inkl.

aller Nebenleistungen.

Angebotenes Material:

.....

59.70 08 A Bodenhülse KS mit Deckel

Aus Kunststoff

4,00

25,00 29,00 4,00 ST 116,00

59 SUMME Sportanlagen im Freien

.....

....."

Am 13.8.2012 erfolgte in Anwesenheit eines Vertreters des Antragstellers die Angebotsöffnung. Im Zuge der Prüfung der Angebote wurde beim Angebot des Antragstellers festgestellt, dass eine Gleichwertigkeitsprüfung der in den Bieterlücken angebotenen Produkte nicht durchführbar sei, da diese vom Antragsteller nicht angegeben worden seien. Zirka 16% der Gesamtzahl der Positionen im Leistungsverzeichnis bestünden aus Bieterlücken mit "neutralen Positionen". Bei diesen seien keine beispielhaften Leitprodukte angegeben. Eine nachträgliche Änderung der Produkte in der Bieterlücke sei nicht möglich, da es sich hier um einen unbehebbarer Mangel handle.

Am 26.9.2012 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass sein Angebot gemäß § 129 Abs.1 Z 7 BVergG ausgeschrieben werde. Die Angebotsprüfung habe ergeben, dass die Bieterlücken in den Positionen Pos. 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A nicht ausgefüllt gewesen seien. Nach ständiger Judikatur handle es sich beim Nichtausfüllen einer Bieterlücke um einen unbehebbarer Mangel. Es sei auch keine Verbesserungsmöglichkeit einzuräumen gewesen. Zugleich wurde die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers, der insgesamt 99,64 Punkte erreicht habe (Preis: 98, Gewährleistung: 1,64), bekannt gegeben. Am 26.9.2012 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass sein Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschrieben werde. Die Angebotsprüfung habe ergeben, dass die Bieterlücken in den Positionen Pos. 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A nicht ausgefüllt gewesen seien. Nach ständiger Judikatur handle es sich beim Nichtausfüllen einer Bieterlücke um einen unbehebbarer Mangel. Es sei auch keine Verbesserungsmöglichkeit einzuräumen gewesen. Zugleich wurde die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers, der insgesamt 99,64 Punkte erreicht habe (Preis: 98, Gewährleistung: 1,64), bekannt gegeben.

Mit Schreiben vom 2.10.2012 teilte der Antragsteller dem Auftraggeber mit, dass mit den Ausschreibungsvorgaben und den anzuwendenden technischen Normen für die oben angeführten Positionen eindeutige Festlegungen getroffen worden seien. Der Bieter könne daher auch keine Material- bzw. Dickenauswahl mehr treffen. Es würden keine Bieterlücken vorliegen, sodass das Angebot des Antragstellers auch ohne Ausfüllen dieser Lücken vollständig und eindeutig sei. Die Zuschlagsentscheidung habe daher auf Grund der Zuschlagskriterien zu Gunsten des an erster Stelle

liegenden Angebotes des Antragstellers zu ergehen. Dem hielt der Auftraggeber mit Schreiben vom 4.10.2012 entgegen, dass beim Angebot des Antragstellers durch das unterlassene Ausfüllen der Bieterlücken der Leistungsgegenstand nicht definiert sei und ein unvollständiges Angebot vorliege, das auf Grund der Judikatur keiner Verbesserung zugänglich sei.

Mit Schriftsatz vom 5.10.2012 stellte der Antragsteller einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 26.9.2012. In Verbindung damit wurden ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 10.10.2012, N/0095-BVA/04/2012-6EV, stattgegeben wurde, sowie Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren und Durchführung einer mündlichen Verhandlung eingebracht.

Begründend brachte der Antragsteller vor, dass sein Angebot zu Unrecht ausgeschieden worden sei. Die Ausscheidensentscheidung sei unzulässigerweise damit begründet worden, dass vom Antragsteller in einer Reihe von Positionen im Angebot die Bieterlücken nicht ausgefüllt worden seien. In den genannten Positionen hätten aber gar keine Bieterlücken im Sinne des BVergG ausgefüllt werden können, zumal kein bestimmtes Erzeugnis vorgesehen gewesen sei und daher der Antragsteller auch kein anderes Produkt hätte einsetzen können. Abgefragt seien in den betroffenen Positionen (Pos. 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A) lediglich bestimmte Eigenschaften der Materialien worden, wobei der Antragsteller keinen Spielraum gehabt habe, zumal die Vorgaben der Ausschreibung eindeutig gewesen seien.

Bei der Position 590301B sei der Sicherheitsrandstein aus Glasfaserbeton, bei der Position 592102A sei das Material mit den Worten aus "Polypropylen (PP), 250 g/m²", bei der Position 592103D sei das Material mit den Worten "aus mineralischen Baustoffen", bei der Position 594001C sei das Material mit den Worten "Punktelastischer Kunststoffbelag mit gleichmäßiger Struktur, Ortseinbau (in situ), aus rot durchgefärbtem, polyurethanegebundenem Kunststoffgranulat, einschließlich Aufbringen einer Kunststoffhaftbrücke", bei der Position 594501A sei das Material mit den Worten "die verwendeten Materialien müssen auf der Belagsoberfläche haften und hinsichtlich Härte und Dehnbarkeit auf die Eigenschaften des Belages abgestimmt sein", für die Position 596002A sei das Material mit den Worten "aus Aluminium oder feuchtverzinktem Stahl", bei der Position 596003A sei das Material mit den Worten "aus Kunststoff (KST)", bei der Position 596306B sei das Material mit den Worten "aus glasfaserverstärktem Kunststoff (GFK)", bei der Position 597003B sei das Material mit den Worten "aus Aluminiumsicherheitsprofile 115 x 100 x 2,5 m natur eloxiert", bei der Position 597004B sei das Material mit den Worten "aus grüner Polyethylenschnur (PE)", und bei der Position 597008A sei das Material mit den Worten "aus Kunststoff" eindeutig vorgegeben.

Der Auftraggeber habe bei der Erstellung der Ausschreibung übersehen, dass für die Bieter keine Spielräume bestünden, bzw versehentlich übersehen, in diesen Positionen bestimmte Leitprodukte anzuführen. Dies könne nicht zulasten des Bieters gehen. Sonstige spezifische Angaben zu den Materialien, Produkten oder Herstellern seien im Leistungsverzeichnis nicht gefragt und wären daher vom Antragsteller nicht anzuführen gewesen. Im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs bzw. einer Erörterung hätte der Antragsteller nähere Informationen bei Bedarf gegeben. Ohne auf solche Möglichkeiten zurückzugreifen, sei der Antragsteller ausgeschieden worden.

Hätten in den genannten Positionen nach den Materialvorgaben des Auftraggebers Leitprodukte übernommen werden sollen, und hätte der Bieter gleichwertiges Material im Sinne von § 98 Abs. 8 BVergG anbieten können, wäre das Ausscheiden des Antragstellers ebenfalls unzulässig gewesen. Mangels Angaben durch den Bieter würden nämlich die Vorgaben des Auftraggebers als angeboten gemäß § 106 Abs. 7 BVergG sowie gemäß Punkt 2 der Ausschreibungsbestimmungen gelten. Auch die anderen beteiligten Bieter hätten entweder keine Angaben in den betroffenen Lücken gemacht, oder die Vorgaben der Ausschreibung wiederholt oder zusätzliche, nicht geforderte Produktangaben gemacht, oder andere als die ausgeschriebenen Materialien bzw. Vorgaben angeboten. Hätten in den genannten Positionen nach den Materialvorgaben des Auftraggebers Leitprodukte übernommen werden sollen, und hätte der Bieter gleichwertiges Material im Sinne von Paragraph 98, Absatz 8, BVergG anbieten können, wäre das Ausscheiden des Antragstellers ebenfalls unzulässig gewesen. Mangels Angaben durch den Bieter würden nämlich die Vorgaben des Auftraggebers als angeboten gemäß Paragraph 106, Absatz 7, BVergG sowie gemäß Punkt 2 der Ausschreibungsbestimmungen gelten. Auch die anderen beteiligten Bieter hätten entweder keine Angaben in den betroffenen Lücken gemacht, oder die Vorgaben der Ausschreibung wiederholt oder zusätzliche, nicht geforderte Produktangaben gemacht, oder andere als die ausgeschriebenen Materialien bzw. Vorgaben angeboten.

Die auf der Unbehebbarkeit der Mängel basierende Begründung

der Ausscheidensentscheidung zum Angebot des Antragstellers

sei nicht gesetzlich gedeckt. Das Angebot des Antragstellers sei nämlich nicht mangelhaft. Eine Mängelbehebung sei daher entbehrlich.

Zwar stünden dem Antragsteller in manchen Fällen Produkte verschiedener Hersteller zur Verfügung, zwischen denen im Auftragsfall gewählt werden könne. Aufgrund des ausschreibungsbedingten, zulässigen geringen Spielraums könne aber kein materieller Wettbewerbsvorteil erwachsen. Da die Ausscheidensentscheidung gegenüber dem Antragsteller unzulässig sei, wäre auch die Zuschlagsentscheidung, die zu Gunsten des Antragstellers lauten müsse, rechtswidrig. Bei der ausgeschriebenen Leistung handle es sich um eine zentrale Geschäftstätigkeit des Antragstellers, wodurch dem Antragsteller aufgrund der Rechtswidrigkeit im Zuge der Auftragsvergabe ein Schaden entstehe bzw. zu entstehen drohe. Am Auftragserhalt bestünde ein massives Interesse. Zur Wahrung der Rechtsposition seien dem Antragsteller bereits Kosten in der Höhe von Euro 10.000,-- angefallen, zu denen auch Euro 6.900,-- an zu entrichtenden Pauschalgebühren zählen würden. Außerdem werde im Fall der Auftragserteilung an den präsumtiven Zuschlagsempfänger auf den Entfall der Möglichkeit verwiesen, einen entsprechenden Deckungsbeitrag für Geschäftsgemeinkosten zu erlangen und einen angemessenen Gewinn in der Höhe von 0,5 % des Auftragswertes zu erzielen. Es drohe auch der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Der Antragsteller erachtet sich durch die rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers in seinen Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes, insbesondere auf ordnungsgemäße Prüfung der Angebote in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsbestimmungen, Durchführung von Aufklärungen und Erörterungen des Angebotes vor Zuschlagsentscheidung, Nichtausscheiden eines ausschreibungsgemäßen Angebotes, sowie gesetzmäßige Bestbieterermittlung und Zuschlagsentscheidung und in diesem Sinne auch in seinem Recht auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt.

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 9.10.2012 zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. In weiteren Schriftsätzen vom 15.10.2012 und vom 23.10.2012 wurde ergänzend ausgeführt, dass die bestandsfest gewordene Ausschreibung auf der standardisierten Leistungsbeschreibung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit basiere und echte und unechte Bieterlücken enthalte. Bei echten Bieterlücken müsse der Bieter in auszufüllenden Stellen des Leistungsverzeichnisses, bei denen keine Produkte angegeben seien, das angebotene Produkt oder System spezifizieren und bezeichnen. Anhand von objektiven Merkmalen werde vom Auftraggeber angegeben, welche Leistung erwartet werde. Bei vom Bieter nicht ausgefüllten oder nur unzureichend ausgefüllten Bieterlücken sei für den Auftraggeber die Angebotsprüfung nicht möglich. Der Antragsteller habe in seinem Angebot die echten Bieterlücken - nämlich solche ohne Leitprodukt - im Leistungsverzeichnis nicht ausgefüllt. Nach den Festlegungen der Ausschreibung wären jedoch in den betroffenen Positionen die vom Bieter angebotenen Materialien anzugeben gewesen.

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sei der Begriff "Material" in der Ausschreibung nicht als "Werkstoff" zu interpretieren. Nach den Vorbemerkungen im Leistungsverzeichnis zu den Begriffen "Material/Erzeuger/Type" seien darunter Bauprodukte zu verstehen. In den betroffenen Bieterlücken wären daher nicht "Werkstoffe" sondern eben aus den Werkstoffen hergestellte Bauprodukte unter Angabe des Herstellers anzuführen gewesen.

Bei den Positionen 592103D und 596002A (nach Wahl des AN) wäre dem Bieter zwar das Wahlrecht bei den Baustoffen eingeräumt worden, es wäre jedoch das Produkt unter Angabe des Herstellers anzubieten gewesen. Das Wahlrecht des Baustoffes könne nicht erst in der Vertragsphase verwirklicht werden. Es wären daher bei den Positionen vom Antragsteller Produkte aus den von ihm gewählten Baustoffen anzubieten gewesen. Bei der Position 594001C (angebotene Dicke) wären zwingend Angaben zur angebotenen Dicke zu machen gewesen. Dass die vom ÖISS in seiner Richtlinien empfohlene Dicke von 14 mm angeboten worden wäre, sei dem Angebot des Antragstellers nicht zu entnehmen gewesen.

Aufgrund der fehlenden Angaben des Antragstellers in den Bieterlücken des Leistungsverzeichnisses sei der Leistungsgegenstand nicht definiert und damit das Angebot unvollständig gewesen. Für den Auftraggeber sei nicht klar gewesen, was auf der Baustelle verbaut hätte werden sollen. Es hätte weder die Übereinstimmung der angebotenen Produkte mit den technischen Spezifikationen geprüft, noch die Preisangemessenheitsprüfung durchgeführt werden können. Bei nicht ausgefüllten Bieterlücken liege nach der Judikatur kein behebbarer Mangel vor. Der Antragsteller sei

auch nicht aufgefordert worden, Nachweise zur Materialgleichwertigkeit vorzulegen. Die Einräumung einer Verbesserungs- oder einer Aufklärungsmöglichkeit wäre unzulässig. Eine Unklarheit bezüglich des Angebotes des Antragstellers sei nicht vorgelegen.

Darüber hinaus wären freie Felder für Bieterangaben in standardisierten Leistungsbeschreibungen sinnentleert. Müssten Bieterlücken nicht ausgefüllt werden, würde das gesamte Bieterlückensystem infrage gestellt und ad absurdum geführt werden. Von einem Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers hätte im Sinne der Gleichbehandlung der Bieter nicht Abstand genommen werden können.

Außerdem habe der Antragsteller die Punkte 7 und 8 des Angebotsschreibens nicht ausgefüllt, sondern vielmehr durchgestrichen und zu Punkt 7.2 auf das dem Angebot beigelegte - jedoch nicht geforderte - K3 Blatt verwiesen. Auch diesbezüglich liege ein unbehebbarer Mangel vor, der im Fall einer Einräumung der Verbesserungsmöglichkeit zur einer materiell-inhaltlichen Angebotsänderung führen würde.

Für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung fehle es dem Antragsteller aufgrund des zwingenden Ausscheidens seines Angebotes an der Antragslegitimation.

Mit Schriftsatz vom 12.10.2012 brachte der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen ein. Das Angebot des Antragstellers sei ausschreibungswidrig, da die von ihm genannten Positionen nicht die Materialien enthalten hätten, wie dies in der Ausschreibung gefordert sei. Zum einen seien damit Form - und Inhaltsvorschriften missachtet worden. Zum andern sei kein Nachweis vorgelegt worden, anhand dessen der Auftraggeber die Übereinstimmung der angebotenen Materialien mit den Ausschreibungsvorgaben hätte prüfen können. Wie sich auch aus dem Vorbringen des Antragstellers ergebe, verfüge dieser nicht über derartige Nachweise und seien solche auch nicht vorgelegt worden. Damit sei der Ausscheidenstatbestand gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG verwirklicht. Mit Schriftsatz vom 12.10.2012 brachte der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen ein. Das Angebot des Antragstellers sei ausschreibungswidrig, da die von ihm genannten Positionen nicht die Materialien enthalten hätten, wie dies in der Ausschreibung gefordert sei. Zum einen seien damit Form - und Inhaltsvorschriften missachtet worden. Zum andern sei kein Nachweis vorgelegt worden, anhand dessen der Auftraggeber die Übereinstimmung der angebotenen Materialien mit den Ausschreibungsvorgaben hätte prüfen können. Wie sich auch aus dem Vorbringen des Antragstellers ergebe, verfüge dieser nicht über derartige Nachweise und seien solche auch nicht vorgelegt worden. Damit sei der Ausscheidenstatbestand gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG verwirklicht.

Bei den Ausführungen zum Begriff "Bieterlücken" werde vom Antragsteller außer Acht gelassen, dass § 106 Abs. 7 BVergG die bezeichnete Stelle als Bieterlücke interpretiere. Dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend sei von einer Bieterlücke an jenen Stellen auszugehen, an denen der Bieter im Angebot Festlegungen treffen müsse. Bei den Ausführungen zum Begriff "Bieterlücken" werde vom Antragsteller außer Acht gelassen, dass Paragraph 106, Absatz 7, BVergG die bezeichnete Stelle als Bieterlücke interpretiere. Dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend sei von einer Bieterlücke an jenen Stellen auszugehen, an denen der Bieter im Angebot Festlegungen treffen müsse.

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers seien an den genannten Positionen nicht bloß ohnehin vorgegebene Materialien anzugeben gewesen. Dies ergebe sich bereits aus der Begriffsdefinition zu den "Materialien" in der Ausschreibung auf Seite 1 des Leistungsverzeichnisses. Einem fachkundigen und verständigen Bieter hätte in diesem Zusammenhang klar sein müssen, entsprechende Angabe dort anzugeben, die auch in der Kalkulation ihren Niederschlag finden müssten. Aufgrund der Vorgangsweise des Antragstellers könne der Auftraggeber auch nicht die Kalkulation überprüfen. Zugleich sei dem Auftraggeber die Möglichkeit genommen, das Angebot in technischer Hinsicht zu beurteilen.

Auch die vom Antragsteller zitierte "Auffangklausel" in Punkt 2 der Ausschreibungsbestimmungen könne nicht Abhilfe schaffen. Es handle sich bei den genannten Positionen um nicht beispielhaft genannte Materialien bzw. technische Anforderungen. Vielmehr handle es sich um zwingend verbindliche Aufforderungen des Leistungsverzeichnisses. Unzutreffend sei auch die Ansicht des Antragstellers, dass dem Auftragnehmer bei den betroffenen Positionen nach Auftragserteilung die freie Wahl zur Auftragsdurchführung offen stehe. Vor dem Hintergrund der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Nennung des Subunternehmers im Zusammenhang mit der Prüfung der Eignung sei auch in der gegebenen Sachverhaltskonstellation bei den betroffenen Positionen davon auszugehen, dass bei einer späteren Nennung des verwendeten Materials eine allfällige Ausschreibungskonformitätsprüfung durch den

Auftraggeber während des Vergabeverfahrens nicht mehr möglich sei. Aufgrund der Angaben in den genannten Positionen sei das Angebot des Antragstellers als unvollständig und nicht eindeutig zu werten. Eine Materialfestlegung ist jedenfalls während der Angebotsphase erforderlich.

Trotz Verwendung des Begriffes "Auftragnehmer" in den Ausschreibungsunterlagen habe im Sinne einer vergaberechtskonformen Interpretation die Festlegung bzw. die Wahl einer Möglichkeit im Angebot zu erfolgen. Das Angebot des Antragstellers sei daher zu Recht auszuschneiden und komme daher nicht für den Zuschlag in Betracht.

Mit Schriftsatz vom 25.10.2012 brachte der Antragsteller ergänzend vor, dass die vom Auftraggeber vertretene, auf die Vorbemerkung im Leistungsverzeichnis gestützte Interpretation, wonach in jene Lücken, vor denen das Wort "Material" stehe, "ein Bauprodukt" unter Angabe des Herstellers einzusetzen wäre, sprachlich unzutreffend sei. Unter dem Begriff "Bauprodukt", der lediglich als Synonym für das Wort "Material" oder "Baumaterial" interpretiert werden könne, sei keinesfalls ein Bauprodukt unter Angabe des Herstellers zu verstehen. Die Nennung des Herstellers sei auch nicht aus den Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis ableitbar.

Der Text des Leistungsverzeichnisses sei vom Auftraggeber allein zu vertreten und nach der ständigen Judikatur nach dem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Im Zweifel sei eine Auslegung zulasten dessen vorzunehmen, der sich einer unklaren Formulierung bedient habe. Eine "Materiallücke" könne zulasten des Antragstellers nicht dergestalt interpretiert werden, dass ein Bauprodukt unter Angabe des Herstellers zu nennen gewesen wäre. Dem Antragsteller hätte auch vor der Ausscheidensentscheidung die Gelegenheit zur Rechtfertigung eingeräumt werden müssen.

Selbst unter Verfolgung der Interpretationslinie des Auftraggebers wäre in der gegenständlichen Fallkonstellation nichts gewonnen. Bei den gegenständlichen Positionen hätte kein, einen verbindlichen Preis nennender Bieter aufgrund der begrenzten Auswahlmöglichkeiten einen materiellen Wettbewerbsvorteil. Beim Billigstbieterprinzip könne auch das Wettbewerbsergebnis nicht durch andere Parameter nachträglich verändert werden. Es verbliebe kein relevanter Bewegungsspielraum.

Die vom Auftraggeber vorgenommene Interpretation der "nach Wahl des Auftragnehmers" angeführten - Lücken im Leistungsverzeichnis sei unverständlich. Anhaltspunkte für einen "Gesamtzusammenhang" würden nicht vorliegen. Eine nachträgliche Umdeutung bestandsfester Ausschreibungsbestimmungen sei unzulässig. Bei vergaberechtskonformer Interpretation sei von einem Wahlrecht für den anzubieten Unternehmern nach Auftragserteilung auszugehen. Das Wort "Auftragnehmer" sei in § 2 Z 9 BVergG unmissverständlich definiert. Wäre jeglicher Bewegungsspielraum bzw. jegliches Wahlrecht eines Auftragnehmers vergaberechtlich verboten, müssten bei jeder Ausschreibung in jedem Angebot sämtliche Leistungen bis auf Lieferantenebene präzise festgelegt werden. Dies sei aber nicht möglich. Die vom Auftraggeber vorgenommene Interpretation der "nach Wahl des Auftragnehmers" angeführten - Lücken im Leistungsverzeichnis sei unverständlich. Anhaltspunkte für einen "Gesamtzusammenhang" würden nicht vorliegen. Eine nachträgliche Umdeutung bestandsfester Ausschreibungsbestimmungen sei unzulässig. Bei vergaberechtskonformer Interpretation sei von einem Wahlrecht für den anzubieten Unternehmern nach Auftragserteilung auszugehen. Das Wort "Auftragnehmer" sei in Paragraph 2, Ziffer 9, BVergG unmissverständlich definiert. Wäre jeglicher Bewegungsspielraum bzw. jegliches Wahlrecht eines Auftragnehmers vergaberechtlich verboten, müssten bei jeder Ausschreibung in jedem Angebot sämtliche Leistungen bis auf Lieferantenebene präzise festgelegt werden. Dies sei aber nicht möglich.

Aufgrund der vom Auftraggeber vertretenen Interpretation zur "empfohlenen Dicke von 14 mm" in der Leistungsgruppe 59 im Leistungsverzeichnis, für die die in allen relevanten Positionen die Bestimmungen der ISS - Richtlinie verbindlich erklärt worden seien. Danach wären sämtliche Angebote, die eine andere Dicke als 14 mm vorgesehen hätten, auszuschneiden. Aufgrund der fehlenden Wahlmöglichkeit könnten die fehlenden Angabe zur Dicke aber nicht zum Ausscheiden führen. Unzutreffend sei das Vorbringen des Auftraggebers, dass der Antragsteller Teile des Angebotsschreibens durchgestrichen hätte. Ein solcher Ausscheidensgrund sei auch bisher weder angeführt noch je vorgehalten worden. Es seien zwar die Punkte 7 und 8 des Angebotsschreibens nicht ausgefüllt worden, aber mit dem Hinweis "Siehe Beilage 1 K 3 - Blatt" auf das weitere, dem Angebot beigelegte Kalkulationsformblatt gemäß ÖNORM B 2061 verwiesen worden. Dem K-3-Blatt seien sämtliche Informationen eindeutig und unzweifelhaft zu entnehmen. Dies gelte sowohl für den Bruttomittelohn als auch für den Gesamtzuschlag, den Bruttomittelohnpreis,

den Regiellohn und Regiellohnpreis und den Zuschlag auf die Stoffkosten. Das Ausscheiden eines nach der Judikatur in seiner Gesamtheit zu betrachtenden Angebotes auf Grund eines Hinweises auf ein Kalkulationsblatt statt einer Einfügungen im Angebotsblatt sei willkürlich.

In der mündlichen Verhandlung am 21.11.2012 vertrat der Antragsteller die Meinung, dass ein Produkt durch das Aussehen, durch die Bestandteile oder die Ausführung, z.B. in Beton- oder Glasfaserausführung, näher spezifiziert werde. Durch einen Herstellernamen erfolge keine Produktspezifikation. Bei der Position 590301B (Sicherheitsrandstein), bei der jedenfalls ein Glasfaserprodukt angeboten worden sei, sei nur der Preis angegeben worden. Auch wenn es mehrere Hersteller für dieses Produkt gebe, sei von der Angabe des Herstellers abgesehen worden, da bei dieser Position lediglich der Begriff "angebotenes Material" angeführt gewesen sei. Es liege im Leistungsverzeichnis auch keine Bieterlücke bei einer genauen Beschreibung des Produktes im Positionstext und bei Verwendung des Begriffes "angebotenes Material" vor. Im Unterschied zur Position 131452A (Randstein Beton), bei der der Hersteller mit dem Begriff "Semmelrock" eindeutig definiert sei, sei bei der Position 590301B die "Bieterlücke" nicht auszufüllen gewesen, da ohnehin ein Glasfaserbetonrandstein und nicht etwa ein Stahlbetonrandstein angeboten worden sei. Zur Auspreisung der Position 590301 B gab der Antragsteller an, bei verschiedenen Herstellern von Sicherheitsrandsteinen aus Glasfaserbeton die Preise für ihre Produkte erkundet und für das Angebot den billigsten Hersteller herangezogen zu haben. Nach Zuschlagserteilung hätte der Antragsteller den Namen des konkreten Herstellers auf Anfrage des Auftraggebers bekannt gegeben. In der Praxis würde nämlich mit den jeweiligen Herstellern des Betonsicherheitsrandsteines aus Glasfaserbeton nach Zuschlagserteilung noch einmal über den Preis verhandelt. Auch wenn bei Produkten für Sportstätten die Bandbreite für Preisverhandlungen bei eindeutig definierten Produkten sehr gering sei, werde jedenfalls nach Zuschlagserteilung noch einmal über den Preis verhandelt.

Der Auftraggeber führte dazu aus, dass von einem Wettbewerbsvorteil für einen Bieter auszugehen sei, wenn erst nach Zuschlagserteilung das jeweilige konkrete Produkt mit dem Herstellernamen angegeben werde. In diesem Fall verbleibe jedenfalls für die Angebotsausarbeitung mehr Zeit und könne der Preis weiter verhandelt werden. In Kenntnis der Angebotspreise der anderen Bieter könne auch der Wert des Angebotes beeinflusst werden.

Dem hielt der Antragsteller entgegen, dass auch im Fall der Konkretisierung der Bieterlücke in der Position 131452A mit dem Produkt "Semmelrock" im Zuschlagserteilungsfall mit den verschiedenen Händlern des Betonrandsteines "Semmelrock" über den Preis verhandelt werden würde. Es könne daher kein materieller Wettbewerbsvorteil im Vergleich zu den übrigen Bietern vorliegen, wenn beispielsweise bei der Position 590301B (Sicherheitsrandstein aus Glasfaserbeton) vom Antragsteller kein konkreter Hersteller angegeben worden sei. Aus diesem Grund liege in der gegenständlichen Fallkonstellation - wenn überhaupt - ein behebbarer Mangel vor. Der Antragsteller wäre vor der Ausscheidensentscheidung jedenfalls zur Aufklärung vorzuladen gewesen.

Der Auftraggeber brachte dazu vor, dass es sich im Unterschied zur Position 590301B bei der Position 131452A um eine "unechte Bieterlücke" handle, bei der bei Unterlassung der Angabe des Herstellernamens ein konkret angebotenes Produkt vorliege. Im diesem Fall könne eine Preisangemessenheitsprüfung vorgenommen werden. Bei der Position 590301B sei auf Grund der vom Antragsteller unterlassenen Herstellerangabe die Preiskalkulation im Angebot des Antragstellers keiner Überprüfung zugänglich bzw. könne der Auftraggeber auch nicht prüfen, ob das Angebot des Bieters die Anforderungen der Ausschreibung erfülle. Im Hinblick auf § 126 BVergG sei eine Aufklärung bei der unterlassenen Angabe des Herstellerproduktes bei der Position 590301B und auch allen anderen "unechten Bieterlücken" überhaupt nicht erforderlich, zumal das Angebot für den Zuschlag ohnehin von vornherein nicht in Betracht komme. Es liege ein unbehebbarer Mangel vor. Der Antragsteller hielt dem entgegen, dass eine Preisangemessenheitsprüfung nicht von der Herstellerangabe abhängе. Auch bei "unechten Bieterlücken" wäre aufgrund von möglichen Nachverhandlungen nach Zuschlagserteilung ein Preisspielraum gegeben und könnte der angebotene Preis noch nachverhandelt werden. Bei Bauaufträgen sei im Leistungsverzeichnis oft kein Herstellerprodukt angegeben und sei vom Bieter lediglich der Preis anzugeben. Es könnte daher auch in diesen Fällen - der Meinung des Auftraggebers folgend - keine Preisangemessenheitsprüfung durchgeführt werden. Außerdem ergebe sich bei Zusammenrechnung der Positionen mit "echte Bieterlücken" insgesamt eine Summe von Euro 40.000,-- . Im Unterschied dazu resultiere aus der Position 261410D (Asphaltbeton AB), bei der kein Hersteller anzugeben war, eine Summe von ca. Euro 150.000,--. Auch beim Asphaltbeton werde nach Zuschlagserteilung nachverhandelt, sodass aus möglichen Nachverhandlungen kein Wettbewerbsvorteil resultieren könne. Der Auftraggeber führte dazu aus, dass nach den Vorgaben der bestandsfest gewordenen Ausschreibung jedenfalls bei den Positionen für die "echten

Bieterlücken" ein Herstellerprodukt zwingend anzugeben war. Es stehe im Ermessen des Auftraggebers, für welche Positionen spezifische Produkte verlangt werden. Bei der Prüfung des Angebotes sei nicht ausschließlich der Preis, sondern auch die fachtechnische Richtigkeit relevant. Diese sei bei Bieterlücken jedenfalls zu überprüfen. Für den Prüfer sei dabei wesentlich, welches konkrete Herstellerprodukt oder Bausystem angeboten werde. Die fachtechnische Prüfung habe vor Zuschlagserteilung zu erfolgen. Beim Asphalt sei die fachtechnische Prüfung aufgrund der bereits vorgegebenen technischen Normen nicht so wesentlich. Abweichungen seien nicht möglich, sodass eine Angabe des Herstellers nicht erforderlich sei. Aus der Definition im Leistungsverzeichnis zum Begriff "Material" ergebe sich, dass darunter auch Bauprodukte zu verstehen seien. Diese würden durch den Herstellernamen definiert. Die Herstellungsweise sei dadurch für den Auftraggeber erkennbar. Für den Antragsteller hätte klar sein müssen, dass nach den Worten "angebotenes Material" im Leistungsverzeichnis ein Herstellername anzuführen sei. Auch aus dem Leitfaden des BMWFJ (Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend) ergebe sich, dass bei "echten Bieterlücken" jedenfalls der Hersteller anzugeben sei. Der Auftraggeber brachte dazu vor, dass es sich im Unterschied zur Position 590301B bei der Position 131452A um eine "unechte Bieterlücke" handle, bei der bei Unterlassung der Angabe des Herstellernamens ein konkret angebotenes Produkt vorliege. Im diesem Fall könne eine Preisangemessenheitsprüfung vorgenommen werden. Bei der Position 590301B sei auf Grund der vom Antragsteller unterlassenen Herstellerangabe die Preiskalkulation im Angebot des Antragstellers keiner Überprüfung zugänglich bzw. könne der Auftraggeber auch nicht prüfen, ob das Angebot des Bieters die Anforderungen der Ausschreibung erfülle. Im Hinblick auf Paragraph 126, BVergG sei eine Aufklärung bei der unterlassenen Angabe des Herstellerproduktes bei der Position 590301B und auch allen anderen "unechten Bieterlücken" überhaupt nicht erforderlich, zumal das Angebot für den Zuschlag ohnehin von vornherein nicht in Betracht komme. Es liege ein unbehebbarer Mangel vor. Der Antragsteller hielt dem entgegen, dass eine Preisangemessenheitsprüfung nicht von der Herstellerangabe abhängе. Auch bei "unechten Bieterlücken" wäre aufgrund von möglichen Nachverhandlungen nach Zuschlagserteilung ein Preisspielraum gegeben und könnte der angebotene Preis noch nachverhandelt werden. Bei Bauaufträgen sei im Leistungsverzeichnis oft kein Herstellerprodukt angegeben und sei vom Bieter lediglich der Preis anzugeben. Es könnte daher auch in diesen Fällen - der Meinung des Auftraggebers folgend - keine Preisangemessenheitsprüfung durchgeführt werden. Außerdem ergebe sich bei Zusammenrechnung der Positionen mit "echte Bieterlücken" insgesamt eine Summe von Euro 40.000,--. Im Unterschied dazu resultiere aus der Position 261410D (Asphaltbeton AB), bei der kein Hersteller anzugeben war, eine Summe von ca. Euro 150.000,--. Auch beim Asphaltbeton werde nach Zuschlagserteilung nachverhandelt, sodass aus möglichen Nachverhandlungen kein Wettbewerbsvorteil resultieren könne. Der Auftraggeber führte dazu aus, dass nach den Vorgaben der bestandsfest gewordenen Ausschreibung jedenfalls bei den Positionen für die "echten Bieterlücken" ein Herstellerprodukt zwingend anzugeben war. Es stehe im Ermessen des Auftraggebers, für welche Positionen spezifische Produkte verlangt werden. Bei der Prüfung des Angebotes sei nicht ausschließlich der Preis, sondern auch die fachtechnische Richtigkeit relevant. Diese sei bei Bieterlücken jedenfalls zu überprüfen. Für den Prüfer sei dabei wesentlich, welches konkrete Herstellerprodukt oder Bausystem angeboten werde. Die fachtechnische Prüfung habe vor Zuschlagserteilung zu erfolgen. Beim Asphalt sei die fachtechnische Prüfung aufgrund der bereits vorgegebenen technischen Normen nicht so wesentlich. Abweichungen seien nicht möglich, sodass eine Angabe des Herstellers nicht erforderlich sei. Aus der Definition im Leistungsverzeichnis zum Begriff "Material" ergebe sich, dass darunter auch Bauprodukte zu verstehen seien. Diese würden durch den Herstellernamen definiert. Die Herstellungsweise sei dadurch für den Auftraggeber erkennbar. Für den Antragsteller hätte klar sein müssen, dass nach den Worten "angebotenes Material" im Leistungsverzeichnis ein Herstellername anzuführen sei. Auch aus dem Leitfaden des BMWFJ (Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend) ergebe sich, dass bei "echten Bieterlücken" jedenfalls der Hersteller anzugeben sei.

Nach Meinung des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei der Preisanteil der betroffenen Positionen am Gesamtauftragswert nicht für die Frage wesentlich, ob ein behebbarer oder unbehebbarer Mangel vorliege. Bei der Position 261410D sei das polymermodifizierte Spezialbitumen vollständig spezifiziert.

Der Antragsteller führte aus, dass beim Asphalt trotz technischer Spezifizierung für den einzelnen Bieter ein Spielraum vorhanden sei. Beim Sportstättenbau gebe es auch aufgrund der ÖISS-Richtlinien und der Ö-NORMEN eindeutige Spezifizierungen, für deren Interpretation nach der Judikatur des OGH nicht die historische Interpretation sondern der objektive Erklärungswert maßgeblich sei. Dem Angebot des Antragstellers seien keine Beilagen angeschlossen, aus denen Herstellerprodukte für die "echten Bieterlücken" hervorgehen würden. Auch der drittgerierte Bieter

(Bauunternehmung Granit Gesellschaft m.b.H) habe die "echten Bieterlücken" nicht ausgefüllt und daher die Ausschreibung ebenso wie der Antragsteller verstanden. Bei den "echten Bieterlücken" wäre daher keine Angabe des Herstellers für das jeweilige Produkt bis zum Ende der Angebotsfrist erforderlich.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslager römisch eins. Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit dem BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.02.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVergG idG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr 10/2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 10/2012 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde mit dem Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.02.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG idG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012,, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das nach dem 01.04.2012 eingeleitet worden ist, und für den am 5.10.2012 protokollierten Nachprüfungsantrag die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 (BVergG) heranzuziehen hat. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das nach dem 01.04.2012 eingeleitet worden ist, und für den am 5.10.2012 protokollierten Nachprüfungsantrag die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, (BVergG) heranzuziehen hat.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H (BIG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 2.5.2012, F/0002-BVA/04/2012-24; 9.7.2012, N/0043-BVA/04/2010- 35; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20 u.a). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG, der auf Grund des geschätzten Auftragswertes des Gesamtvorhabens den relevanten Schwellenwert überschreitet, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H (BIG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 2.5.2012, F/0002-BVA/04/2012-24; 9.7.2012, N/0043-BVA/04/2010- 35; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20 u.a). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG, der auf Grund des geschätzten Auftragswertes des Gesamtvorhabens den relevanten Schwellenwert überschreitet, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. 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 lit b B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des

Bundesvergabebeamtes 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, Litera b, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da für den die übrigen Voraussetzungen des § 332 BVergG erfüllend Nachprüfungsantrag auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, ist der Nachprüfungsantrag insoweit zulässig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da für den die übrigen Voraussetzungen des Paragraph 332, BVergG erfüllend Nachprüfungsantrag auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, ist der Nachprüfungsantrag insoweit zulässig.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat rechtzeitig Einwendungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG zukommt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat rechtzeitig Einwendungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zukommt.

III. Zu Spruchpunkt I.römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch eins.

1. 1.Ziffer eins

Vorgaben der Ausschreibung:

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). 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 maßgeblich (vgl VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018; ebenso BVA 10.9.2012, N/0071-BVA/04/2012; 5.3.20012, N/0011/04/2012-15; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27 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). 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 maßgeblich vergleiche VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018; ebenso BVA 10.9.2012, N/0071-BVA/04/2012; 5.3.20012, N/0011/04/2012-15; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27 uva.).

Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024, 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.3.2012, N/0011-BVA/04/2012-15; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.] aufgrund der oben wiedergegebenen, mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Bestimmungen (VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; 1.10.2008, 2005/04/2004) in den Angebotsbestimmungen der Einladung zur Angebotsabgabe in den Punkten 2 und 3 in Verbindung mit den oben zitierten ständigen Vorbemerkungen zur LB im Leistungsverzeichnis und den darin enthaltenen Ausführungen von folgenden möglichen Verhaltensweisen bei Bieterlücken ausgehen:

In jenen Fällen, in denen eine Bieterlücke im Leistungsverzeichnis in der Form enthalten war, dass nach der Aufzählung

bestimmter Eigenschaften mit einem Doppelpunkt und den anschließend mit Punkten gekennzeichneten Freiraum zum Ausdruck gebracht wurde, dass hier vom Bieter das von ihm angebotene, die aufgezählten Eigenschaften erfüllende Produkt bzw. die von ihm angebotene jeweilige Dicke anzuführen waren, hatte der Bieter sein angebotenes Produkt mit der Anführung des Herstellernamens zu konkretisieren bzw. zahlenmäßig die angebotene Dicke anzuführen. Dies traf im Leistungsverzeichnis auf die oben angeführten Positionen 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A zu.

In jenen Fällen, in denen im Leistungsverzeichnis bei Bieterlücken darüber hinaus vom Auftraggeber zusätzlich beispielhaft ein bestimmtes Material, Erzeugnis oder eine Type mit dem Herstellernamen angegeben war, stand dem Bieter die Wahl zu, nach dem Doppelpunkt in dem durch Punkte gekennzeichneten Freiraum entweder ein gleichwertiges Produkt anzubieten, indem er dieses ausdrücklich mit Herstellernamen anführte, oder kein solches anzuführen, womit er zum Ausdruck brachte, das im Leistungsverzeichnis vom Auftraggeber zusätzlich beispielhaft mit dem Herstellernamen genannte Material, Erzeugnis bzw. die Type als Produkt anzubieten. Diese Wahlmöglichkeit für den Bieter traf im Leistungsverzeichnis z.B. bei den Außenanlagen (13) auf die oben angeführten Positionen 131452A (Randstein Beton 12/20 BB gerade) bzw. 131452E (Randstein Beton 18/20 BB gerade) zu, bei denen beispielhaft vom Auftraggeber der Herstellername "Semmelrock Betonrandstein" bzw. der Herstellername "Semmelrock Hochbord" genannt waren.

1. 2.Ziffer 2

Angebot des Antragstellers

Der Antragsteller hat im Leistungsverzeichnis seines Angebotes die Bieterlücken bei den Positionen 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A nicht ausgefüllt.

Soweit der Antragsteller dazu vorbrachte, es könnte nicht zu seinen Lasten gehen, dass der Auftraggeber versehentlich übersehen habe, in den genannten Positionen bestimmte Leitprodukte anzuführen, so ist dem entgegenzuhalten, dass es ihm offen gestanden wäre, innerhalb der dafür vorgesehenen Frist eine Anfrage an den Auftraggeber zu stellen oder die Bestimmungen der Ausschreibung mit der an den Auftraggeber gerichteten Forderung, in den betroffenen Positionen ein bestimmtes Leitprodukt mit dem Herstellernamen anzugeben bzw. von einer zahlenmäßigen Angabe der Dicke abzusehen, anzufechten. Davon hat der Antragsteller jedoch nicht Gebrauch gemacht, sodass die Bestimmungen der Ausschreibung bestandsfest und damit Angebotsgrundlage geworden sind.

Auch wenn in den Positionen 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A des Leistungsverzeichnisses vom Auftraggeber kein Leitprodukt mit dem Herstellernamen bzw. eine ausdrücklich zahlenmäßig festgesetzte Dicke angegeben wurde, hätte der Antragsteller - wie oben dargestellt - in den mit Punkten versehenen Freiraum ein den vorgegebenen Eigenschaften entsprechendes Produkt mit dem Herstellernamen konkretisieren bzw. eine bestimmte Dicke in Form einer von ihm festgesetzten, bestimmten Zahlenangabe anbieten müssen. Entgegen der vom Antragsteller in seinen Schriftsätzen vertretenen Rechtsansicht ergab sich dies auch aus den einleitenden Bestimmungen im Leistungsverzeichnis. Darin waren allgemeine Regelungen für Bieterlücken enthalten.

Eingangs wurde im Leistungsverzeichnis erklärend neben dem Begriff "Erzeugnis/Type" zum Begriff "Material" ausgeführt, dass darunter Bauprodukte wie Baumaterial, Bauelemente, Bausysteme und dergleichen zu verstehen sind. Im Anschluss daran wurden Regeln für Bieterangaben in allenfalls vorgesehenen Bieterlücken für solche "Materialien" - und damit auch für Bauprodukte - vorgegeben. Generell wurde bestimmt, dass die vom Bieter angebotenen Materialien, worunter per Definition Bauprodukte wie Baumaterial, Bauelemente, Bausysteme zu verstehen sind, den in der Ausschreibung vorgegebenen technischen Spezifikationen mindestens entsprechen müssen, was vom Bieter auf Verlangen des Auftraggebers auch nachzuweisen war.

Eine spezielle Regelung wurde darüber hinaus nur für jene Fälle getroffen, in denen der Auftraggeber beispielhaft Materialien bzw. Erzeugnisse/Typen im oben definierten Sinne - nämlich Bauprodukte mit dem Namen des Herstellers wie z.B. Semmelrock Betonrandstein oder Semmelrock Hochboard - im Leistungsverzeichnis anführte. Nur in diesen speziellen Fällen wurde bei einer vom Bieter in seinem Angebot nicht ausgefüllten Bieterlücke im Leistungsverzeichnis

automatisch davon ausgegangen, dass das in der jeweiligen Position des Leistungsverzeichnisses beispielhaft angeführte, mit dem Herstellernamen konkretisierte Bauprodukt angeboten wurde. Hierbei bedurfte es in der Folge keines Nachweises über die Erfüllung der in der jeweiligen Position vorgegebenen Eigenschaften für das Bauprodukt.

Dass eine Bieterlücke in den Positionen 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A des Leistungsverzeichnisses vorlag, wurde dadurch zum Ausdruck gebracht, dass nach der Wortfolge "angebotenes Material", das per vorhergehender Definition als Begriff für das Wort "Bauprodukt" zu verstehen war, bzw "angebotene Dicke" ein Doppelpunkt mit einem anschließenden durch Punkte gekennzeichneten Freiraum folgte, der vom Bieter mit dem Herstellernamen seines jeweils angebotenen Bauproduktes bzw. seiner zahlenmäßig festgesetzten Dickenangabe auszufüllen war. In dieser Form waren auch die Bieterlücken in den Positionen 131452A (Randstein Beton 12/20 BB gerade) bzw. 131452E (Randstein Beton 18/20 BB gerade), bei denen aber im Unterschied zu den Positionen 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A noch zusätzlich ein Leitprodukt mit dem Herstellernamen aufschien, gestaltet. Nach dem Begriff "angebotenes Erzeugnis" folgten ein Doppelpunkt und ein durch Punkte gekennzeichnete Freiraum.

Der Antragsteller räumt in seinem Schriftsatz vom 5.10.2012 selbst ein, dass in manchen Fällen Bauprodukte verschiedener Hersteller zur Verfügung stünden. Dies bestätigte der Antragsteller auch in der mündlichen Verhandlung am 21.11.2012 zur Position 590301B (Sicherheitsrandstein) im Leistungsverzeichnis. Damit ergibt sich jedenfalls für einen Bieter eine Wahlmöglichkeit zwischen Bauprodukten verschiedener Hersteller, zwischen denen er wählen kann. Es könnten sich für sein Angebot allenfalls aufgrund spezieller Preisvereinbarungen mit einem Hersteller oder Händler Kalkulationsmöglichkeiten ergeben. Erst durch die Nennung des Herstellernamens in den Positionen 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A des Leistungsverzeichnisses wird damit auch das vom Bieter gewählte Bauprodukt konkretisiert. Mit der Nennung des Herstellernamens wird dem Auftraggeber - wie von ihm auch in der mündlichen Verhandlung vorgebracht - erst die fachtechnische Prüfung möglich, ob das vom Bieter konkret angebotene Bauprodukt die Vorgaben der Ausschreibung erfüllt. Eine ex lege Regelung, wie für Bieterlücken mit vom Auftraggeber angeführten Leitprodukten iSv § 106 Abs. 7 BVergG, wonach das in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiel genannte Erzeugnis als angeboten gilt, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in den freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden, ist für Bieterlücken ohne Leitprodukt im BVergG nämlich nicht vorgesehen (vgl. dazu Nordberg/Ollinger, Konsequenzen nicht ausgefüllter Bieterlücken - ein Überblick, RPA 2008, 313). Der Antragsteller räumt in seinem Schriftsatz vom 5.10.2012 selbst ein, dass in manchen Fällen Bauprodukte verschiedener Hersteller zur Verfügung stünden. Dies bestätigte der Antragsteller auch in der mündlichen Verhandlung am 21.11.2012 zur Position 590301B (Sicherheitsrandstein) im Leistungsverzeichnis. Damit ergibt sich jedenfalls für einen Bieter eine Wahlmöglichkeit zwischen Bauprodukten verschiedener Hersteller, zwischen denen er wählen kann. Es könnten sich für sein Angebot allenfalls aufgrund spezieller Preisvereinbarungen mit einem Hersteller oder Händler Kalkulationsmöglichkeiten ergeben. Erst durch die Nennung des Herstellernamens in den Positionen 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A des Leistungsverzeichnisses wird damit auch das vom Bieter gewählte Bauprodukt konkretisiert. Mit der Nennung des Herstellernamens wird dem Auftraggeber - wie von ihm auch in der mündlichen Verhandlung vorgebracht - erst die fachtechnische Prüfung möglich, ob das vom Bieter konkret angebotene Bauprodukt die Vorgaben der Ausschreibung erfüllt. Eine ex lege Regelung, wie für Bieterlücken mit vom Auftraggeber angeführten Leitprodukten iSv Paragraph 106, Absatz 7, BVergG, wonach das in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiel genannte Erzeugnis als angeboten gilt, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in den freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden, ist für Bieterlücken ohne Leitprodukt im BVergG nämlich nicht vorgesehen (vergleiche dazu Nordberg/Ollinger, Konsequenzen nicht ausgefüllter Bieterlücken - ein Überblick, RPA 2008, 313).

Dies hätte dem Antragsteller klar sein müssen. Auch in jenen Positionen des Leistungsverzeichnisses, in denen vor der vom Bieter auszufüllenden Bieterlücke ein vom Auftraggeber beispielhaft genanntes Bauprodukt aufschien, wie z.B. bei der Position 131452A (Randstein Beton 12/20 BB gerade AN), wurde dieses Bauprodukt vom Auftraggeber durch die Anführung des Herstellernamens - Semmelrock Betonrandleiste - konkretisiert. Im Unterschied zu den Bieterlücken in den Positionen 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A des Leistungsverzeichnisses galt allerdings bei der

Position 13 1452A (Randstein Beton 12/20 BB gerade AN) aufgrund der oben wiedergegebenen speziellen Regelung für diese Form der Bieterlücke das zusätzlich mit dem Herstellernamen konkretisierte, beispielhaft genannte Leitprodukt als angeboten, wenn vom Bieter im Leistungsverzeichnis die Bieterlücke bei der Position 13 1452A nicht mit einem anderen Herstellernamen ausgefüllt wurde.

Inwiefern nach der vom Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 25.10.2012 und in der mündlichen Verhandlung am 21.11.2012 vertretenen Meinung bei den Bieterlücken der Positionen 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A, denen im Leistungsverzeichnis kein vom Auftraggeber mit dem Herstellernamen konkretisiertes, beispielhaft angeführtes Bauprodukt voranging, von einem Wahlrecht des Bieters nach Auftragserteilung auszugehen sei, ist für den erkennenden Senat nicht nachvollziehbar. In den Bestimmungen zu den Bieterlücken im Leistungsverzeichnis wurde nämlich anschließend an die Regelungen zum vom Bieter zu führenden Nachweis darüber, dass das von ihm in der Bieterlücke angebotene Produkt den Vorgaben in der Ausschreibung entsprach, allgemein ausgeführt, dass die den Anforderungen entsprechenden vom Bieter angebotenen Materialien, worunter nach der vorgegebenen Definition Bauprodukte zu verstehen waren, für den Fall des Zuschlages als Vertragsbestandteil gelten und eine nachträgliche Änderung des Bieters nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Auftraggebers zulässig ist. Diese Regelung wurde auch noch vor den speziellen Bestimmungen zu Bieterlücken getroffen, bei denen ein vom Auftraggeber mit dem Herstellernamen konkretisiertes, beispielhaft angeführtes Produkt aufschien.

1. 3.Ziffer 3

Verbesserungsfähigkeit des Mangels bei einer Bieterlücke ohne Leitprodukt

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbarem Mangel ist darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde (vgl. VwGH 28.2.2012, 2009/04/0120; 12.5.2011, 2008/04/0087; 25.3.2010, 2005/04/0144). In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024; 10.12.2009, 2005/04/0201), als behebbare Mängel, ein Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel gewertet (VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; 30.9.2008, 2007/04/0017). Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbarem Mangel ist darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde (vergleiche VwGH 28.2.2012, 2009/04/0120; 12.5.2011, 2008/04/0087; 25.3.2010, 2005/04/0144). In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024; 10.12.2009, 2005/04/0201), als behebbare Mängel, ein Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel gewertet (VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; 30.9.2008, 2007/04/0017).

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers ist von einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Antragstellers gegenüber den anderen Bietern bei Einräumung der Verbesserungsmöglichkeit für die von ihm nicht ausgefüllten Bieterlücken bei den Positionen 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A im Leistungsverzeichnis auszugehen, auch wenn vom Antragsteller die Preise im Leistungsverzeichnis für diese Positionen im Angebot bei Angebotsöffnung bereits angeführt waren. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes liegt nämlich eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung auch dann vor, wenn auf Grund der Mängelbehebung nicht alle Bieter nach Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihr Angebot auszuarbeiten (VwGH 25.2.2004,

2003/04/0186). Davon ist in der gegenständlichen Fallkonstellation insofern auszugehen, als dem Antragsteller bei der eingeräumten Möglichkeit der Mängelbehebung im Vergleich zu jenen Bieter, die die betroffenen Bieterlücken bis zum Ende der Angebotsfrist mit einem durch den Herstellernamen konkretisierten Produkt bzw. konkreten Dickenangabe ausgefüllt haben, ein größerer Zeitraum zur inhaltlichen Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt werden würde (vgl. dazu BVA 30.5.2012, N/0040-BVA/10/2012-27; 27.9.2010, N/0071-BVA/10/2010-34; 1.8.2008, N/0064-BVA/13/2008-35). Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers ist von einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Antragstellers gegenüber den anderen Bieter bei Einräumung der Verbesserungsmöglichkeit für die von ihm nicht ausgefüllten Bieterlücken bei den Positionen 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A im Leistungsverzeichnis auszugehen, auch wenn vom Antragsteller die Preise im Leistungsverzeichnis für diese Positionen im Angebot bei Angebotsöffnung bereits angeführt waren. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes liegt nämlich eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung auch dann vor, wenn auf Grund der Mängelbehebung nicht alle Bieter nach Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihr Angebot auszuarbeiten (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186). Davon ist in der gegenständlichen Fallkonstellation insofern auszugehen, als dem Antragsteller bei der eingeräumten Möglichkeit der Mängelbehebung im Vergleich zu jenen Bieter, die die betroffenen Bieterlücken bis zum Ende der Angebotsfrist mit einem durch den Herstellernamen konkretisierten Produkt bzw. konkreten Dickenangabe ausgefüllt haben, ein größerer Zeitraum zur inhaltlichen Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt werden würde vergleiche dazu BVA 30.5.2012, N/0040-BVA/10/2012-27; 27.9.2010, N/0071-BVA/10/2010-34; 1.8.2008, N/0064-BVA/13/2008-35).

Dass es sich bei der Addition der im Leistungsverzeichnis angeführten Preise für die betroffenen, vom Antragsteller nicht konkretisierten Positionen mit insgesamt ca. Euro 40.000,-- um eine im Vergleich zum Preis für die Position 251410D (Asphaltbeton AB) mit ca. 150.000,-- niedrige Summe handelt, und daher vergleichsweisen niedrigen Anteil am Gesamtpreis, ist für die Beurteilung der Behebbarkeit des Mangels nicht alleine ausschlaggebend. Auch das in diesem Zusammenhang in der mündlichen Verhandlung am 21.11.2012 vorgebrachte Argument des Antragstellers, dass im Fall der bei Angebotsabgabe konkretisierten Bieterlücke, wie beispielsweise bei der Position 131452A (Semmelrock Betonrandleiste), ebenfalls nach Zuschlagserteilung über den Preis mit den verschiedenen Händlern für Semmelrock Betonrandsteinleisten verhandelt werden würde, bzw. es in Baubranche üblich wäre, nach Zuschlagserteilung noch einmal über den Preis zu verhandeln, ändert nichts daran, dass es sich in der gegenständlichen Fallkonstellation bei der unterlassenen Produktkonkretisierung durch den Antragsteller in den oben angeführten Positionen um einen unbehebbarer Mangel handelt. Abgesehen davon, dass im offenen Verfahren bei Angebotsöffnung für das Angebot nicht nur alleine der im Leistungsverzeichnis aufscheinende Preis maßgebend ist, sondern auch das jeweils innerhalb der Angebotsfrist durch die Nennung des Herstellernamens konkret angebotene Produkt, das der fachtechnischen Überprüfung des Auftraggebers unterliegt, wäre der Dispositions-, Gestaltungs- und Verhandlungsspielraum jenes Bieter, der die Produktkonkretisierung für die betroffenen Bieterlücken in seinem Angebot innerhalb der Angebotsfrist ausschreibungskonform vornahm, im Vergleich zum Antragsteller, der dies in seinem Angebot unterließ, jedenfalls eingeengt. Der Bieter, der die Produktkonkretisierung in den betroffenen Bieterlücken in seinem Angebot innerhalb der Angebotsfrist vornahm, könnte nämlich nur mit den Händlern über den Preis seines im Angebot mit dem Herstellernamen genannten Produktes verhandeln, während der Antragsteller auf Grund der unterlassenen Konkretisierung mit Händlern von Produkten der verschiedenen Hersteller bzw. mit den jeweiligen Herstellern selbst verhandeln könnte. Dass es sich bei der Addition der im Leistungsverzeichnis angeführten Preise für die betroffenen, vom Antragsteller nicht konkretisierten Positionen mit insgesamt ca. Euro 40.000,-- um eine im Vergleich zum Preis für die Position 251410D (Asphaltbeton Ausschussbericht mit ca. 150.000,-- niedrige Summe handelt, und daher vergleichsweisen niedrigen Anteil am Gesamtpreis, ist für die Beurteilung der Behebbarkeit des Mangels nicht alleine ausschlaggebend. Auch das in diesem Zusammenhang in der mündlichen Verhandlung am 21.11.2012 vorgebrachte Argument des Antragstellers, dass im Fall der bei Angebotsabgabe konkretisierten Bieterlücke, wie beispielsweise bei der Position 131452A (Semmelrock Betonrandleiste), ebenfalls nach Zuschlagserteilung über den Preis mit den verschiedenen Händlern für Semmelrock Betonrandsteinleisten verhandelt werden würde, bzw. es in Baubranche üblich wäre, nach Zuschlagserteilung noch einmal über den Preis zu verhandeln, ändert nichts daran, dass es sich in der gegenständlichen Fallkonstellation bei der unterlassenen Produktkonkretisierung durch den Antragsteller in den oben angeführten Positionen um einen unbehebbarer Mangel handelt. Abgesehen davon, dass im offenen Verfahren bei Angebotsöffnung für das Angebot nicht nur alleine der im

Leistungsverzeichnis aufscheinende Preis maßgebend ist, sondern auch das jeweils innerhalb der Angebotsfrist durch die Nennung des Herstellernamens konkret angebotene Produkt, das der fachtechnischen Überprüfung des Auftraggebers unterliegt, wäre der Dispositions-, Gestaltungs- und Verhandlungsspielraum jenes Bieter, der die Produktkonkretisierung für die betroffenen Bieterlücken in seinem Angebot innerhalb der Angebotsfrist ausschreibungskonform vornahm, im Vergleich zum Antragsteller, der dies in seinem Angebot unterließ, jedenfalls eingeeengt. Der Bieter, der die Produktkonkretisierung in den betroffenen Bieterlücken in seinem Angebot innerhalb der Angebotsfrist vornahm, könnte nämlich nur mit den Händlern über den Preis seines im Angebot mit dem Herstellernamen genannten Produktes verhandeln, während der Antragsteller auf Grund der unterlassenen Konkretisierung mit Händlern von Produkten der verschiedenen Hersteller bzw. mit den jeweiligen Herstellern selbst verhandeln könnte.

Da es sich bei der unterlassenen Bezeichnung des jeweiligen angebotenen Produktes bzw. Angabe der Dicke bei den Positionen 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A im Leistungsverzeichnis durch den Antragsteller nicht um einen verbesserungsfähigen Mangel im Sinne der Judikatur handelt, wurde das Angebot des Antragstellers zu Recht ausgeschieden.

Für den Antragsteller wäre auch bei Einräumung einer Aufklärungsmöglichkeit nichts gewonnen. Weder aus sonstigen Angebotsteilen noch aus Angebotsbeilagen könnte darauf geschlossen werden, dass der Antragsteller innerhalb der Angebotsfrist durch den Herstellernamen konkretisierte Bauprodukte, die für die Positionen 590301B, Pos. 592102A, Pos. 592103D, Pos. 594001C, Pos. 594501A, Pos. 596002A, Pos. 596003A, Pos. 596306B, Pos. 597003B, Pos. 597004B, Pos. 597008A im Leistungsverzeichnis anzubieten waren, angeboten hätte, bzw. eine Zahl genannt hätte, die als konkrete Dickenangabe zu interpretieren wäre. Dies räumte auch der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung am 21.11.2012 ein. Vielmehr war das Angebot des Antragstellers zum Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist inhaltlich laut Ausschreibungsvorgaben nicht dergestalt determiniert, dem Auftraggeber zu ermöglichen, die Ausschreibungskonformität der laut Ausschreibung anzubietenden Produkte zu überprüfen.

IV. Zu Spruchpunkt II römisch vier. Zu Spruchpunkt römisch zwei

Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, dass für einen Bieter, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entsteht, dass dieser Bieter am weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann (vgl. VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200). In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnis wurde nicht nur auf die Vorjudikatur verwiesen, sondern auch darauf, dass diese Rechtsansicht nicht zuletzt mit den Ausführungen des Generalanwaltes in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-249/01 im Einklang steht, nach denen ein Bieter den Zuschlag nicht erhalten könne, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232). Dies trifft auf das Angebot des Antragstellers, der - wie oben dargestellt - zur Recht ausgeschieden wurde, zu. Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, dass für einen Bieter, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entsteht, dass dieser Bieter am weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann (vgl. VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200). In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnis wurde nicht nur auf die Vorjudikatur verwiesen, sondern auch darauf, dass diese Rechtsansicht nicht zuletzt mit den Ausführungen des Generalanwaltes in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-249/01 im Einklang steht, nach denen ein Bieter den Zuschlag nicht erhalten könne, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232). Dies trifft auf das Angebot des Antragstellers, der - wie oben dargestellt - zur Recht ausgeschieden wurde, zu.

Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv § 320 Abs. 1 BVergG idGF zu verneinen (vgl. VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 10.9.2012, N/0071-BVA/04/2012-32; 28.3.2011, N/0002-BVA/04/2011-13). Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv Paragraph 320, Absatz eins, BVergG idGF zu verneinen (vergleiche

VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 10.9.2012, N/0071-BVA/04/2012-32; 28.3.2011, N/0002- BVA/04/2011-13).

V. Zu Spruchpunkt III.römisch fünf. Zu Spruchpunkt römisch drei.

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG idGF hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit zu entrichtenden Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 2 leg.cit besteht auch, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. dieser nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG idGF hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit zu entrichtenden Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg.cit besteht auch, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. dieser nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Wie sich aus den oben angeführten Spruchpunkten I. und II. ergibt, hat der Antragsteller auch nicht teilweise im Sinne von § 319 Abs. 1 BVergG idGF obsiegt, sodass der Auftraggeber auch nicht im verordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten war und der diesbezügliche Antrag des Antragstellers abzuweisen war. Wie sich aus den oben angeführten Spruchpunkten römisch eins. und römisch zwei. ergibt, hat der Antragsteller auch nicht teilweise im Sinne von Paragraph 319, Absatz eins, BVergG idGF obsiegt, sodass der Auftraggeber auch nicht im verordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten war und der diesbezügliche Antrag des Antragstellers abzuweisen war.

Zuletzt aktualisiert am

31.01.2013

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