

TE Verg Bescheid 2012/8/8 N/0066-BVA/08/2012-54

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.08.2012

Norm

BVergG 2006 §101 Abs4

BVergG 2006 §118

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §325

1. BVergG 2006 § 101 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 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
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8, (Senatsvorsitzender OR Mag Reinhard Grasböck; Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber Mag Wolfgang Pointner; Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer Mag Matthias Wohlgemuth) gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "Bautischlerarbeiten, 9800 Spittal/Drau, Zernattostraße 10, BG Porcia; Sanierung Klassen und Sanitäranlagen" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (= BIG) über den Nichtigerklärungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung vom 20.6.2012 aus diesem Vergabeverfahren und einen Pauschalgebührenersatzantrag wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8, (Senatsvorsitzender OR Mag Reinhard Grasböck; Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber Mag Wolfgang Pointner; Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer Mag Matthias Wohlgemuth) gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "Bautischlerarbeiten, 9800

Spittal/Drau, Zernattostraße 10, BG Porcia; Sanierung Klassen und Sanitäranlagen" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (= BIG) über den Nichtigerklärungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung vom 20.6.2012 aus diesem Vergabeverfahren und einen Pauschalgebührenersatzantrag wie folgt entschieden:

Spruch

I. Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung der Auftraggeberin, der Ing. Ma*** M*** den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklären, wird stattgegeben.römisch eins. Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung der Auftraggeberin, der Ing. Ma*** M*** den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklären, wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. vom 20.6.2012 im Vergabeverfahren "Bautischlerarbeiten, 9800 Spittal/Drau, Zernattostraße 10, BG Porcia; Sanierung Klassen und Sanitäranlagen" zu Gunsten des Ing Ma*** M*** wird hiermit nichtig erklärt.

Rechtsgrundlagen: § 345 Abs 15 iVm §§ 313 und 320ff BVergG 2006,BGBl I 2006/17 idFBGBl I 2012/10; § 13 AVGR
Rechtsgrundlagen: Paragraph 345, Absatz 15, in Verbindung mit Paragraphen 313 und 320 f, f BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10; Paragraph 13, AVG

II. Den antragstellerinnenseitig betreffend die für den Nachprüfungs- und Provisorialantrag entrichteten Pauschalgebühren gestellten Ersatzanträgen wird stattgegeben.römisch zwei. Den antragstellerinnenseitig betreffend die für den Nachprüfungs- und Provisorialantrag entrichteten Pauschalgebühren gestellten Ersatzanträgen wird stattgegeben.

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. ist schuldig, der A*** zu Handen der X***RECHTSANWÄLTE GMBH binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution 4.500,00 Euro an Pauschalgebührenersatz zu bezahlen.

Rechtsgrundlagen: § 345 Abs 15 iVm §§ 319 BVergG 2006,BGBl I 2006/17 idFBGBl I 2012/10; § 19a RAO idgF; Verordnung BGBl II 2012/130.Rechtsgrundlagen: Paragraph 345, Absatz 15, in Verbindung mit Paragraphen 319, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10; Paragraph 19 a, RAO idgF; Verordnung BGBl römisch zwei 2012/130.

Begründung

1. Verfahrensgang und Sachverhalt

1.1. Grundsätzliches zum Vergabe- und zum Nachprüfungsverfahren

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (= BIG bzw AG) führt derzeit das im Spruch bezeichnete Vergabeverfahren über einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich als offenes Vergabeverfahren nach dem Bestbieterprinzip durch.

Selbiges Vergabeverfahren wurde nach dem 31.3.2012 eingeleitet. Schlusstermin für die Angebotsabgabe war der 5.6.2012, 11.00 Uhr. Zeitpunkt der Angebotseröffnung war der 5.6.2012, 11.00 Uhr. 6 Bieter legten Angebote.

Das Angebot des nach den Zuschlagskriterien erstgereihten Bieters wurde wegen Ausschreibungswidrigkeit bestandfest ausgeschieden, wonach die AG am 20.6.2012 die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Einzelunternehmers Ing Ma*** M*** (= Mitbeteiligter) versandte.

Die Antragstellerin focht diese Zuschlagsentscheidung am 27.6.2012 an, behauptete dort die Ausscheidensnotwendigkeit des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Konkurrenzangebots. Ing M*** legte seinem Angebot ursprünglich kein „Angebotsschreiben“ lt Punkt 14. der auftraggeberseitigen „Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen“ bei.

In einer mit 27.6.2012, also dem Tag der Einbringung des Nachprüfungsantrags vom externen Angebotsprüfer der BIG verfassten Unterlage „Ergänzungen bzw Anmerkungen zum Protokoll Angebotsprüfung und Vergabevorschlag“ ist insbesondere dargestellt, dass Ing M*** durch das Nachreichen des Angebotsschreibens am 11.6.2012 einen behebbaren Angebotsmangel fristgerecht behoben hätte. Zu Gunsten der Antragstellerin wurde eine einstweilige Verfügung mit einem vorläufigen Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen.

Die Antragstellerin entrichtete für den Nachprüfungs- und Provisorialantrag insgesamt 4.500,00 Euro an Pauschalgebühren. Der Mitbeteiligte erhob keine Einwendungen gegen die begehrte Nichtigerklärung und verlor daher ihre Parteistellung gemäß § 324 BVergG 2006.Die Antragstellerin entrichtete für den Nachprüfungs- und

Provisorialantrag insgesamt 4.500,00 Euro an Pauschalgebühren. Der Mitbeteiligte erhob keine Einwendungen gegen die begehrte Nichtigerklärung und verlor daher ihre Parteistellung gemäß Paragraph 324, BVergG 2006.

1.2. Zu den Tatsachen der fehlenden Angabe des Stoffzuschlags in Punkt 8. des Angebotsschreibens durch Ing M***

Die Antragstellerin machte als Beschwerdepunkt insb auch das Recht geltend, dass das Angebot, welches in der Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommen wurde, ausgeschieden hätte werden müssen.

In der Sache war zu Verfahrensbeginn zentral strittig, ob der Mitbeteiligte ein rechtsgültiges Angebot gelegt hat, weil der Mitbeteiligte ein formularmäßiges Angebotsschreiben nicht bereits bei Angebotsabgabe innerhalb der Angebotsfrist an die Auftraggeberin übermittelt hat, sondern selbiges erst nach Angebotsöffnung an die Auftraggeberin nachreichte.

1.2.1. Die Ausschreibung blieb bieterseitig unangefochten und ist sohin bestandfeste Vergabeverfahrensgrundlage - § 321 BVergG 2006. Punkt 14. der einen Ausschreibungsbestandteil bildenden „Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen“ lautet insoweit: „Ein rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist eingereichtes Angebot ist nur dann rechtsgültig, wenn das Formular „Angebotsschreiben“ auf der letzten Seite an der dafür vorgesehenen Stelle bereits bei der Eröffnung der Angebote vom Bieter [...] rechtsgültig unterfertigt ist.“ 1.2.1. Die Ausschreibung blieb bieterseitig unangefochten und ist sohin bestandfeste Vergabeverfahrensgrundlage - Paragraph 321, BVergG 2006. Punkt 14. der einen Ausschreibungsbestandteil bildenden „Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen“ lautet insoweit: „Ein rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist eingereichtes Angebot ist nur dann rechtsgültig, wenn das Formular „Angebotsschreiben“ auf der letzten Seite an der dafür vorgesehenen Stelle bereits bei der Eröffnung der Angebote vom Bieter [...] rechtsgültig unterfertigt ist.“

1.2.2. Jenes „Angebotsschreiben“, das ursprünglich dem Angebot des Ing M*** nicht beilag, sieht in Punkt 8. vor, dass für angehängte Regieleistungen gemäß der ÖNORM B 2112, Stand 1.7.1990, soweit hierfür im Leistungsverzeichnis (= LV) keine Preise vorgesehen sind, anzugeben ist, welcher Zuschlag zu den kollektivvertraglichen Stundenlöhnen verrechnet würde; bzw welcher prozentuelle Zuschlag für die Stoffkosten verrechnet würde. Ing M*** ließ das Feld betreffend den Zuschlag zu den kollektivvertraglichen Stundenlöhnen in Punkt 8. des nachgereichten Angebotsschreibens unausgefüllt und setzte gelegentlich der Nachreichung (des Angebotsschreibens) beim Stoffkostenzuschlag eine konkrete Prozentzahl in das diesbezügliche Freifeld des Punkts 8. dieses Formulars ein. Derart gab Ing M*** nach dem Schlusstermin für die Angebotsabgabe am 5.6.2012 schließlich erst am 11.6.2012 einen Stoffkostenzuschlag von 20% an.

1.2.3. In Punkt 7. des Angebotsschreibens hatte ein Bieter zu erklären, dass er seine Einheits- und Pauschalpreise gemäß der Ö-Norm B 2061 in der Fassung vom 1.6.1987 ermittelt hat. In Punkt 8. des Angebotsschreibens ist idZ iZm den Stoffkosten festgehalten, dass im Zuschlag auf die Stoffkosten die Geschäftsgemeinkosten, Baustellengemeinkosten, die auf den Anteil Sonstiges umgelegt wurden, Bauzinsen, Wagnis und Gewinn enthalten sind.

1.2.4. Aus Punkt 8. des Angebotsschreibens lt Ausschreibung ergibt sich nunmehr zusammenfassend, dass Ing M*** gehalten gewesen ist, insb auch einen Stoffkostenzuschlag in diesem Punkt 8. mit einer Prozentangabe anzugeben, wenn im Leistungsverzeichnis dieser Vergabe hierfür keine Preisabfrage enthalten sind.

1.2.5. Weder in der Position 37.90 des LV (betreffend angehängte Regieleistungen) noch sonst im LV ist, soweit strett relevant, vorgesehen, dass dort Stoffkostenzuschläge anzugeben wären.

1.2.6. Die (alte) Ö-Norm B 2112, Stand 1.7.1990, definiert in Punkt 1.2.1.2. die in Punkt 8. des Angebotsschreibens der BIG genannten „angehängten Regieleistungen“ bzw Regieleistungen insgesamt wie folgt:

„1.2.1 Regieleistungen:

Leistungen, die nach dem Arbeitsumfang, den verbrauchten Stoffen und den eingesetzten Geräten abgerechnet werden und nach den vereinbarten Preisen vergütet werden. Regieleistungen werden eingeteilt in:

[selbständige Regieleistungen ...]

1.2.1.2. angehängte Regieleistungen:

Leistungen, die im Rahmen eines mit Einheits- und/oder Pauschalpreisen abgeschlossenen Bauvertrages anfallen und daher nicht gesondert vergeben werden.“

Diese Definition der angehängten Regieleistungen entspricht im Übrigen jener Definition der angehängten Regieleistungen, wie sie in Punkt 3.12.1. der aktuellen ÖNORM B 2110, Stand 1.3.2011 enthalten ist, wobei in der Position 37.90 des LV dieser Vergabe nicht auf die alte ÖNORM B 2112, sondern nach übereinstimmender Parteilenauffassung auf diese neue ÖNORM B 2110, Stand 2011, verwiesen wurde – siehe Verhandlungsniederschrift vom 19.7.2012, lfd Nr 43 des Verwaltungsakts.

1.2.7. Für die in Punkt 8. des Angebotsschreibens genannten Stoffkosten, hinsichtlich welcher Herr Ing M*** seinen Zuschlagsprozentsatz erst nach Angebotseröffnung angab, enthält die nach in der Verhandlungsniederschrift vor dem BVA, lfd Nr 43 des Verwaltungsakts, dokumentierter übereinstimmender Parteilenauffassung auch insoweit geltende ÖNORM B 2061, Fassung 1.6.1987, in deren Punkt 2.2. betreffend Stoffkosten folgende Ausführungen:

„Kostengrundlagen sind die Einkaufspreise entweder ab Auslieferungsstelle oder frei Baustelle. Stoffkosten werden unterteilt in Kosten für:

2.2.1 Baustoffe

2.2.2 Hilfsstoffe

Hiezu gehören z.B. Bohrstahl, Sprengmittel, Pölz-, Gerüst und Schalungsmaterial, Verschleißteile von Geräten (Baggerzähne, Meißel u. dgl.), soweit sie nicht im Sinne der ÖNORM B 2113 als Gerät gelten

2.2.3 Betriebsstoffe

Hiezu gehören z.B. elektrische Energie, Treibstoffe, Brennstoffe, Schmiermittel.“

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Definitionen aus den verwiesenen Ö-Normen steht damit fest, dass die BIG in Punkt 8. ihres Angebotsschreibens jenen prozentuellen Zuschlag abfragen will, der bieterseitig als Abrechnungsgrundlage dienen würde, wenn bei angehängten Regieleistungen Stoffkosten iSd ÖNORM B 2112, Stand 1.4.1990, iVm der ÖNORM B 2061, Stand 1.6.1987, anfallen. Fallen sohin bei Auftragserfüllung maW Stoffkosten an, ist für die BIG aus der Angabe in Punkt 8. des Angebotsschreibens ersichtlich, wieviel der nachmalige Auftragnehmer auf die von ihm iZm den angehängten Regieleistungen anfallenden Stoffkosten auf seine Einkaufspreise der fragliche Stoffe aufschlagen würde. Für einen Bieter, der den prozentuellen Stoffkostenzuschlag lt Punkt 8. des Angebotsschreibens bis nach der Angebotseröffnung nicht angegeben hat, besteht damit nach Angebotsöffnung und in Kenntnismöglichkeit der sonst verlesenen Angebotspreise die Möglichkeit, sein Entgelt, wenn auch abhängig von bedingt anfallenden Stoffkosten, zu erhöhen, falls er als (in dieser Vergabe:) Bestbieter ermittelt würde, während ein sich ausschreibungskonform verhaltender Bieter sich bereits bei Angebotsabgabe festlegt, welchen Zuschlag er zur Anwendung bringen will. Derart die Parteien übereinstimmend zum Stoffkostenbegriff in der Verhandlung vom 19.7.2012, Seite 12 der Niederschrift: Vor dem Hintergrund der vorstehenden Definitionen aus den verwiesenen Ö-Normen steht damit fest, dass die BIG in Punkt 8. ihres Angebotsschreibens jenen prozentuellen Zuschlag abfragen will, der bieterseitig als Abrechnungsgrundlage dienen würde, wenn bei angehängten Regieleistungen Stoffkosten iSd ÖNORM B 2112, Stand 1.4.1990, in Verbindung mit der ÖNORM B 2061, Stand 1.6.1987, anfallen. Fallen sohin bei Auftragserfüllung maW Stoffkosten an, ist für die BIG aus der Angabe in Punkt 8. des Angebotsschreibens ersichtlich, wieviel der nachmalige Auftragnehmer auf die von ihm iZm den angehängten Regieleistungen anfallenden Stoffkosten auf seine Einkaufspreise der fragliche Stoffe aufschlagen würde. Für einen Bieter, der den prozentuellen Stoffkostenzuschlag lt Punkt 8. des Angebotsschreibens bis nach der Angebotseröffnung nicht angegeben hat, besteht damit nach Angebotsöffnung und in Kenntnismöglichkeit der sonst verlesenen Angebotspreise die Möglichkeit, sein Entgelt, wenn auch abhängig von bedingt anfallenden Stoffkosten, zu erhöhen, falls er als (in dieser Vergabe:) Bestbieter ermittelt würde, während ein sich ausschreibungskonform verhaltender Bieter sich bereits bei Angebotsabgabe festlegt, welchen Zuschlag er zur Anwendung bringen will. Derart die Parteien übereinstimmend zum Stoffkostenbegriff in der Verhandlung vom 19.7.2012, Seite 12 der Niederschrift:

Eine Umfrage zum Begriff der Stoffkosten laut Seite 4 des Angebotsschreibens ergibt, dass darunter ein Zuschlag für irgendwelche Materialien bei angehängten Regieleistungen zu verstehen ist.

1.3. Zum durch Ing M*** nachgereichten Angebotsschreiben iZm der am 5.6.2012 fehlenden Erklärung des Ing M***, ob er eine Gewährleistungsfristverlängerung anbieten würde

1.3.1. In Punkt 18. der Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen hat die BIG als Zuschlagskriterien den Preis (98%) und die Verlängerung der Gewährleistungsfrist (2%) als Zuschlagskriterien vorgesehen.

1.3.2. Die gewichtete Punktermittlung beim Preiskriterium hatte derart zu erfolgen, dass der der Gesamtpreis des billigsten nicht ausgeschiedenen Angebots als Dividend und bewertungsrelevante jeweilige Angebotspreis als Divisor einzusetzen waren. Der so ermittelte Quotient war danach mit hundert und schließlich mit der Gewichtung von 98% zu multiplizieren.

Dass Ing M*** dabei laut ergänztem Angebotsprüfprotokoll vom 27.6.2012 noch mit 109,39% des Preises vom – letztlich mit seinem Angebot ausgeschiedenen –ursprünglichen Billigstbieter ausgewiesen wurde, wird hier keiner näheren Erörterung gemäß § 128 BVergG 2006 unterzogen, zumal es weder Aufgabe des BVA ist Bieterreihungen an Stelle der AG zu berechnen noch diesbezüglich eine korrekte Angebotsprüfniederschrift zu verfassen. Dass Ing M*** dabei laut ergänztem Angebotsprüfprotokoll vom 27.6.2012 noch mit 109,39% des Preises vom – letztlich mit seinem Angebot ausgeschiedenen –ursprünglichen Billigstbieter ausgewiesen wurde, wird hier keiner näheren Erörterung gemäß Paragraph 128, BVergG 2006 unterzogen, zumal es weder Aufgabe des BVA ist Bieterreihungen an Stelle der AG zu berechnen noch diesbezüglich eine korrekte Angebotsprüfniederschrift zu verfassen.

1.3.3. Die Bewertungspunkte iZm der Gewährleistungsfrist waren wie folgt zu errechnen:

Mindestgewährleistungsfrist: 73 Punkte

Pro angebotenen zusätzlichem Gewährleistungsjahr: + 9 Punkte

(maximal 27 Punkte)

Eine Aliquotierung bei angebotenen Verlängerungen von nicht ganzen Jahren hatte stattzufinden.

Die beim Gewährleistungskriterium erreichten Punkte waren mit 2% der Gesamtpunkte zu gewichten.

1.3.4. In Punkt 10. des „Angebotsschreibens“ hatte der Bieter anzugeben, wie viele (aliquote) Zusatzgewährleistungsjahre über die Mindestgewährleistungsfrist hinaus er anbieten würde. Bestandfest ist dabei in diesem Formular „Angebotsschreiben“ gleichfalls festgelegt, dass mangels Angaben über eine zusätzliche Gewährleistungsfrist die in Punkt 10. des Angebotsschreibens vorgesehenen Mindestgewährleistungsfristen gelten würden.

1.3.5. Ing M*** hat nach den eigenen Vergabeunterlagen der BIG (Ergänzung des Angebotsprüfprotokolls, datiert mit 27.6.2012) erst am 11.6.2012 jenes Formular „Angebotsschreiben“ – nach telefonischer Urgenz des externen Angebotsprüfers der BIG am 6.6.2012 - an die (Sphäre der) BIG nachgereicht, woraus sich für das Angebot des Ing M*** die bewertungsrelevante Angebotserklärung über eine allfällige Gewährleistungsfristverlängerung ergibt. MaW erhielt Ing M*** durch von der BIG zu verantwortenden Handlungen die Möglichkeit, erst nach dem Schlusstermin für die Angebotsabgabe; und nach erfolgter Angebotseröffnung mit Kenntnismöglichkeit der Preise der Konkurrenten ein Angebotsformular auszufüllen, womit er über eine das Haftungspotential sowie auch die denkbaren Bewertungspunkte erhöhende Gewährleistungsfristverlängerung die eigene Wettbewerbsstellung materiell verbessern hätte können.

1.3.6. Am 18.7.2012, also einen Tag vor der mündlichen Verhandlung vor dem BVA, bestätigte Ing M*** – letztlich über einen Antwortvorschlag des externen Angebotsprüfers der BIG – gegenüber diesem Prüfer, dass bei dieser Vergabe kein Zuschlag zu den Kollektivvertragslöhnen auf Seite 4 des Angebotsschreibens einzusetzen gewesen wäre, weil in Punkt 37.90 des LV ohnehin Preise für die Löhne bei den angehängten Regieleistungen einzusetzen sind.

Die BIG legte am 20.7.2012 nach der Verhandlung vor dem BVA weiters ein Schreiben des Ing M*** vom 20.7.2012 vor, in dem dieser maW ausführte, dass das auch bei Nachreichung des Angebotsschreibens am 11.6.2012 unausgefüllt gebliebene Feld für den Zuschlag zu den KV – Löhnen iZm den angehängten Regieleistungen ohnehin – abseits der ohnehin existenten LV – Position 37.90 - jedenfalls dahin zu verstehen wäre, dass insoweit

0% Zuschlag für die KV - Löhne verrechnet würden.

1.3.7. Die Antragstellerin setzte auf Seite 4 in Punkt 8. des Angebotsschreibens – nach übereinstimmender Parteilassung gemäß den Verhandlungsergebnissen – einen Zuschlag von 466% zu den Kollektivvertrags – Stundenlöhnen ein und begründete dies in der Verhandlung damit, dass mitunter Spezialfacharbeiter iSd

Kollektivvertrags für die Arbeiter der Holzverarbeitenden Industrie für die angehängten Regieleistungen eingesetzt werden müssten.

Auf den Betrieb des Ing M*** ist – anders – der Kollektivvertrag für das Holz- und Kunststoffverarbeitende Gewerbe anwendbar.

1.4. Zur Klarstellung der Unterschiede zum Vergabekontrollverfahren des BVA N/0064-BVA/14/2007

1.4.1. Die BIG verweist im Nachprüfungsverfahren zur Stützung der Auffassung der Zulässigkeit der bei Ing M*** eingeräumten Möglichkeit des Nachreichens des Angebotsschreibens – vor dem Hintergrund des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 – auf den Bescheid des BVA vom 26.7.2007, N/0064-BVA/08/2007-26.1.4.1. Die BIG verweist im Nachprüfungsverfahren zur Stützung der Auffassung der Zulässigkeit der bei Ing M*** eingeräumten Möglichkeit des Nachreichens des Angebotsschreibens – vor dem Hintergrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 – auf den Bescheid des BVA vom 26.7.2007, N/0064-BVA/08/2007-26.

Dort war aber insbesondere strittig, inwieweit die seinerzeitige Antragstellerin ein dem „Angebotsschreiben“ der gegenständlichen Vergabe entsprechendes „Angebotsschreiben“ mit dem Feld zum Anbieten einer längeren Gewährleistungsfrist überhaupt im Rahmen der elektronisch bereitgehaltenen Ausschreibungsunterlagen herunterladen hat können.

Damals war sohin auch das Thema Impossibilium nulla obligatio iSv § 878 ABGB angesprochen; siehe dazu auch BVA 27.3.2006, N/0008- BVA/08/2006-136 iZm einer Baustellenbesichtigungsklausel. Der gegenständlich entscheidende Senat sieht deshalb auf Sachverhaltsebene einen erheblichen Unterschied zwischen dem nunmehr zu entscheidenden Fall und jenem Fall, der 2007 durch den zitierten Vorbescheid entschieden wurde; ohne dass hier auf Tatsachenebene unter Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen anderer Verfahrensparteien eines Vorverfahrens noch weitere Aktenstücke des Vorakts offengelegt werden. Damals war sohin auch das Thema Impossibilium nulla obligatio iSv Paragraph 878, ABGB angesprochen; siehe dazu auch BVA 27.3.2006, N/0008- BVA/08/2006-136 iZm einer Baustellenbesichtigungsklausel. Der gegenständlich entscheidende Senat sieht deshalb auf Sachverhaltsebene einen erheblichen Unterschied zwischen dem nunmehr zu entscheidenden Fall und jenem Fall, der 2007 durch den zitierten Vorbescheid entschieden wurde; ohne dass hier auf Tatsachenebene unter Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen anderer Verfahrensparteien eines Vorverfahrens noch weitere Aktenstücke des Vorakts offengelegt werden.

1.4.2. Eine seitens der BIG unter Hinweis auf ihre üblichen Ausschreibungsformulare und das erwähnte Nachprüfungsverfahren aus 2007 im nunmehrigen Nachprüfungsverfahren für ihren Standpunkt ins Treffen geführte Passage des Leistungsverzeichnisses, die gegenständlich auch von Ing M*** bereits bis zum Schlusstermin für die Angebotsabgabe unterfertigt worden war, lautet:

Der Anbotsteller erklärt, dass er die im vorstehenden Leistungsverzeichnis angegebenen Leistungen zu den dort eingesetzten Preisen anbietet, dass er von sämtlichen Anbotsunterlagen und Anbotsbedingungen Kenntnis genommen hat, sie als ausreichend und rechtsgültig anerkennt, und dass er und sein Angebot bis 12 Wochen, gerechnet vom letzten Angebotsabgabetermin, im Wort bleibt.

Auf Tatsachenebene ist idZ nochmals ausdrücklich festzuhalten, dass der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger Ing M*** bis

zum Angebotsschlusstermin - auch bei Unterfertigung dieser

Klausel – dennoch keine Willenserklärung dahin abgegeben hat, mit welchem Stoffkostenzuschlag er die ausgeschriebenen angehängten Regieleistungen erbringen würde; bzw ob er irgendeine Gewährleistungsfristverlängerung anbieten würde. Im hier zu beurteilenden Sachverhalt hat Ing M*** diese den Angebotsinhalt materiell bestimmenden Angaben eben erst nach Ablauf der Angebotsfrist an die BIG mitgeteilt; ohne dass gegenständlich auch nur behauptet worden wäre, dass Ing M*** das Formular „Angebotsschreiben“ nicht vor Angebotsabgabe zur Verfügung gehabt hätte.

1.5. Zu Tatsachenaspekten iZm Antragslegitimationsfragen Rechtlich vorausschickend hat der VwGH zu ZI 2007/04/0095 und konkretisierend zu ZI 2009/04/0207 die Aktenlage des Vergabeverfahrens als maßgebliche Tatsachengrundlage dafür definiert, inwieweit Nachprüfungsanträge über § 320 BVergG 2006 bereits auf Antragslegitimationsebene erledigt werden können. Insb zu ZI 2007/04/0095 hat der VwGH eine Pflicht des BVA zum

Behandeln eines Antragslegitimationsvorbringens dann gesehen, wenn dies der Auftraggeber oder ein anderer Bieter als Verfahrenspartei entsprechend konkret zu Lasten des jeweiligen Antragstellers erstatten. 1.5. Zu Tatsachenaspekten iZm Antragslegitimationsfragen Rechtlich vorausschickend hat der VwGH zu ZI 2007/04/0095 und konkretisierend zu ZI 2009/04/0207 die Aktenlage des Vergabeverfahrens als maßgebliche Tatsachengrundlage dafür definiert, inwieweit Nachprüfungsanträge über Paragraph 320, BVerG 2006 bereits auf Antragslegitimationsebene erledigt werden können. Insb zu ZI 2007/04/0095 hat der VwGH eine Pflicht des BVA zum Behandeln eines Antragslegitimationsvorbringens dann gesehen, wenn dies der Auftraggeber oder ein anderer Bieter als Verfahrenspartei entsprechend konkret zu Lasten des jeweiligen Antragstellers erstatten.

Zu ZI 2009/04/0207 hat der VwGH iZm erst im Nachprüfungsverfahren auftraggeberseitig nachgereichten Unterlagen, aus denen sich ein Ausscheidensgrund zu Lasten des Antragstellers ergeben soll, ausgeführt:

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (siehe insbesondere das Erkenntnis vom 18. März 2009, ZI 2007/04/0095) hat die Vergabekontrollbehörde -

auch auf Grund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller selbst nicht ausgeschieden hat - Anträge von Bietern (nur) dann als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuschneiden gewesen wäre.

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren unstrittig von der Mitbeteiligten keine Nachweise ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit gefordert und keine Bonitätsprüfung der Mitbeteiligten durchgeführt. Sie behauptet nicht, dass sich die mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit der Mitbeteiligten aus irgendwelchen Bestandteilen der Akten des Vergabeverfahrens ergäbe, sondern stützt sich diesbezüglich auf eine Auskunft der "Creditreform Wien" vom 18. Juli 2008, die erst mit Stellungnahme der vergebenden Stelle vom 5. März 2009 im Nachprüfungsverfahren vorgelegt worden ist. Da sich somit aus den der Nachprüfungsbehörde vorliegenden Akten des Vergabeverfahrens der geltend gemachte Grund für das Ausscheiden des Angebots der Mitbeteiligten nicht ergibt, war die belangte Behörde nicht verpflichtet, das Vorliegen dieses Ausschlussgrundes zu prüfen und den Antrag der Mitbeteiligten gegebenenfalls zurückzuweisen.

Zudem hat es der VwGH zu ZI 2007/04/0012 – wohl iSd Gewährleistung eines raschen Nachprüfungsverfahrens gemäß Art 1 RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG – abgelehnt, dass das BVA amtswegig – also ohne Existenz einer mit dem fraglichen Ausscheidensgrund begründeten Ausscheidensentscheidung - Ausscheidensgründe zu Lasten des Nachprüfungsantragstellers aufgreift, sofern zur Klärung des fraglich aufzugreifenden Ausscheidensgrunds die Beiziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre. Zudem hat es der VwGH zu ZI 2007/04/0012 – wohl iSd Gewährleistung eines raschen Nachprüfungsverfahrens gemäß Artikel eins, RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG – abgelehnt, dass das BVA amtswegig – also ohne Existenz einer mit dem fraglichen Ausscheidensgrund begründeten Ausscheidensentscheidung - Ausscheidensgründe zu Lasten des Nachprüfungsantragstellers aufgreift, sofern zur Klärung des fraglich aufzugreifenden Ausscheidensgrunds die Beiziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre.

Das BVA hat während des Nachprüfungsverfahrens mit den Noten, lfd Nri 35 und 36 des Verwaltungsakts, insb das Angebotsbegleitschreiben der Antragstellerin und die Seiten 4 und 5 des „Angebotsschreibens“ der Antragstellerin an die Verfahrensparteien übermittelt, wobei klargestellt wurde, dass diese Unterlagen in der Verhandlung erörtert würden, um allenfalls danach einen behördlichen Vorhalt iSv VwGH 2007/04/0012 zu machen. Ein solcher Vorhalt wurde schließlich nach Erörterung der übermittelten Unterlagen und Diskussion eines auftraggeberseitigen Antragslegitimationsvorbringens in der mündlichen Verhandlung am 19.7.2012 nicht mehr verfasst.

Insoweit sind nachstehend die im Nachprüfungsverfahren relevierten Ausscheidenstatsachen zu Lasten der Antragstellerin und die diesbezügliche Aktenlage des Vergabeverfahrens festzustellen:

1.5.1. Wenn die Antragstellerin und die BIG nach den Verhandlungsergebnissen übereinstimmen, dass die in Punkt 8. des Angebotsschreibens der Antragstellerin beim abgefragten Zuschlag zu den Kollektivvertrags – Stundenlöhnen enthaltene Angabe graphologisch als Angabe von 466 % zu lesen ist, ist auch für das BVA im Punkte der Leserlichkeit insoweit kein Ausscheidensgrund aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ersichtlich, der insb ohne Befassung eines Graphologen iSv VwGH 2007/04/0012 aufgreifbar wäre.

Dass die Antragstellerin hier die Zahl von 466% als Zuschlag zu den KV -Löhnen ausgefüllt hat, während Ing M***

schriftlich gegenüber der BIG und die BIG gegenüber dem BVA hier auf die Position 37.90 des LV verweisen, würde es wegen des diesbezüglichen Vorbringens der Antragstellerin mit dem Hinweis auf den für die Antragstellerin anwendbaren Kollektivvertrag und der Fraglichkeit des Inhalts der künftigen angehängten Regieleistungen weitere Ermittlungen und Erörterungen gebieten, womit auch insoweit nicht bereits ein aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens zu Lasten der Antragstellerin dokumentierter Ausscheidungsgrund vorliegt.

1.5.2. Die Antragstellerin verfasste folgendes Begleitschreiben zu ihrem Angebot:

[...]

- -Strichaufzählung
Das ausgeschriebene HPL – Oberfläche ist lt Lieferant nur in HG lieferbar.
- -Strichaufzählung
Postforminglelemente sind laut Lieferant in der Qualität A1 nicht lieferbar.
- -Strichaufzählung
Postforminglelemente sind gem. Produzent nur in der Oberflächenqualität FH lieferbar
- -Strichaufzählung
Minimaler Innenradius für Postforminglelemente ist 15mm.
- -Strichaufzählung
Die Eckzargen wurden nur „geliefert“ angeboten.
- -Strichaufzählung
Lieferzeit beschichtete A1 – Platten ab Auftragsklarheit 6-7 Wochen. [...]

Dieses Begleitschreiben wurde den Parteien vor der Verhandlung ausgeschickt, um zu erörtern, inwieweit die Antragstellerin hier allenfalls aus der Aktenlage erkennbare Ausschreibungswidrigkeiten ihres Angebots zu verantworten hätte.

Der Vertreter der Antragstellerin gab zu diesem Begleitschreiben beginnend ab Seite 7 der Niederschrift zusammenfassend wie folgt an:

1. 1.Ziffer eins

Zur 1. Zeile des Begleitschreibens, die etwa die Position 37.2002 B u.a. betrifft, "Ausgeschriebene HPL Oberfläche laut Lieferant nur in HG lieferbar". Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich hier um eine bloße Wissenserklärung handelt, sodass sich schon aus diesem Umstand keine Ausschreibungswidrigkeit ergeben kann. Vor allem aber bedeutet HG Hochglanz und bezieht sich auf die Oberflächenstruktur. Dazu enthält die Ausschreibung keine Vorgaben, sondern geht es bei den Festlegungen der Ausschreibung nur um Unidekor, was im gegenständlichen Fall die Farbgebung betrifft. Der Aufbau des hier ausgeschriebenen Produktes ist mehrschichtig: Auf das Grundelement, für das ein entsprechendes Dekor zu wählen ist (nach der Ausschreibung: Wahl des AG) wird eine Deckschicht aufgebracht, die verschiedene Oberflächenstrukturen aufweisen kann, etwa auch Hochglanz. Das hier gegenständlich ausgeschriebene Produkt ist nach den der Antragstellerin vorliegenden Informationen nur Hochglanz lieferbar. Das angebotene Produkt ist ein solches der Fa. Fu***, dies nach Wissen der Antragstellerin das einzige Produkt, das ausdrücklich als "Postforming-Methode" formbar am Markt ist.

1. 2.Ziffer 2

Zur Zeile 3 des Begleitschreibens "Postforming Elemente gemäß Produzent nur in Oberflächenqualität FH lieferbar" gilt analoges: Auch hier handelt es sich um eine bloße Wissenserklärung, ebenso ist auch hier keine bestimmte Oberflächenstruktur in der Ausschreibung zwingend vorgegeben. Ergänzend vorgelegt wird ein Auszug aus der Homepage des Herstellers aus der sich (handschriftlich angemerkt) diese angebliche Einschränkung ergibt.

HPL bedeutet High Pressure Laminat.

Zur Zeile Postforming Elemente laut Lieferant in Qualität A1 nicht lieferbar: A1 bezeichnet die Qualität "unbrennbar". Diese Qualität ist in Postformingtechnik nicht verformbar und war im Übrigen in der Ausschreibung nicht gefordert. Überdies wird wieder darauf verwiesen, dass es sich um eine bloße Wissenserklärung handelt.

Zum minimalen Innenradius 15 mm: Auch hier enthält die Ausschreibung keine Vorgaben, überdies handelt es sich wiederum um Angaben des Lieferanten (also bloße Wissenserklärung) über die technische Verarbeitung im Postforming-Verfahren.

Zu Eckzargen nur geliefert angeboten: Hierbei handelt es sich um eine bloße

Klarstellung: In Pos. 37.15.01 A Z ist genau dies festgehalten.

Zur Lieferzeit: Dies ist eine bloße Information an den Auftraggeber, sie steht weder im Widerspruch zur Ausschreibung noch zu dem der Ausschreibung beiliegenden Rahmenterminplan.

Da das BVA für die Abklärung, ob sich aus diesem Text des Begleitschreibens allenfalls eine Ausschreibungswidrigkeit im Abgleich insb zum LV dieser Vergabe und unter Zugrundelegung der branchenüblichen Begriffsverständnisse – insb nach dem Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem BVA - jeweils einen Sachverständigen nach §§ 52 f AVG benötigen würde (- siehe vergleichend VwGH ZI 2007/04/0012 zu der einen Sachverständigen erfordernden Frage, ob ein Prototyp eine erprobte Lösung ist -), sind insoweit keine Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin bereits im Vergabeakt der Auftraggeberin dokumentiert, die eine Antragsrüge bereits auf Antragslegitimationsebene zuließen. Da das BVA für die Abklärung, ob sich aus diesem Text des Begleitschreibens allenfalls eine Ausschreibungswidrigkeit im Abgleich insb zum LV dieser Vergabe und unter Zugrundelegung der branchenüblichen Begriffsverständnisse – insb nach dem Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem BVA - jeweils einen Sachverständigen nach Paragraphen 52, f AVG benötigen würde (- siehe vergleichend VwGH ZI 2007/04/0012 zu der einen Sachverständigen erfordernden Frage, ob ein Prototyp eine erprobte Lösung ist -), sind insoweit keine Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin bereits im Vergabeakt der Auftraggeberin dokumentiert, die eine Antragsrüge bereits auf Antragslegitimationsebene zuließen.

1.5.3. Der Vertreter der BIG brachte in der Verhandlung am 19.7.2012 zu Lasten der Antragstellerin beginnend ab Seite 2 im Punkte der Antragslegitimation vor:

Folgende unbehebbarer Mängel sind uns im Bezug auf die Bieterlückenangaben des Angebots der Antragstellerin bei eingehender Prüfung aufgefallen:

Pos. 37.20.01 A Z ist eine echte Bieterlücke die im Angebot der Antragstellerin unausgefüllt geblieben ist. Pos. 37.20.01 C Z ist ebenfalls eine echte Bieterlücke, die im Angebot der Antragstellerin unausgefüllt geblieben ist.

Ferner sind folgende echte Bieterlücken unausgefüllt geblieben: Pos. 37.20.02 A Z und Pos. 37.300.2 B Z Zur Unbehebbarkeit der Mangelhaftigkeit des Angebots der Antragstellerin wird verwiesen auf die Rechtsprechung des BVA GZ N/0040-BVA/10/2012-27 und insbesondere GZ N/0071-BVA/10/2010-34. Das Angebot der Antragstellerin ist daher ein Angebot das zwingend auszuschneiden ist. Der Antragstellerin ist daher im Einklang mit der oberstgerichtlichen Rechtsprechung die Antragslegitimation bereits aus diesem Grund abzuschneiden.

Zum Begleitschreiben der Antragstellerin ist folgendes vorzubringen: Die Erklärung "Das ausgeschriebene HPL Oberfläche ist laut Lieferant nur in HG lieferbar." ist für uns insofern widersprüchlich, als die HPL Oberflächen laut Leistungsverzeichnis aus einer Kollektion zu wählen sind, die dem Auftraggeber vorzulegen ist. Z.B. die Pos. 37.20.02 B Z Wandverkleidung, Spannplatten beschichtet B1 inkl. UK hier ist unter dem Beschreibungspunkt "Qualität" auf Seite 16 angeführt "Schichtstoff: beidseitig gleiches Dekor nach Wahl Auftraggeber". Diese Erklärung des Begleitschreibens zufolge widerspricht daher der Ausschreibung, weil dieses Wahlrecht des Auftraggebers dadurch nicht mehr gegeben wäre. Zur Erklärung des Begleitschreibens "Postforming Elemente sind gem. Produzent nur in Oberflächenqualität FH lieferbar." ist folgendes festzuhalten: Gem. Pos. 37.20.02 E Z Wandverkleidung Eckausbildung Postforming ist das Postforming Element in der gleichen Oberflächenqualität wie die ausgeschriebene HPL Oberfläche zu liefern. Die Angabe des Begleitschreibens der Antragstellerin ist daher auch in diesem Punkt widersprüchlich bzw. widerspricht der Ausschreibung.

Im Bezug auf die restlichen Bietererklärungen wäre jedenfalls eine tiefere Aufklärung notwendig wenn die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht käme.

1.5.3.1. Zum Bieterlückenvorbringen der BIG ist nunmehr seitens des BVA festzustellen:

Punkt 00.1105 Z aus den Allgemeinen Bestimmungen des LV lautet:

Bieterlücken, die für Angaben des Bieters vorgesehen sind, die sich nicht auf Produkte (Erzeugnisse und Materialien) beziehen, müssen Bieterangaben enthalten, wenn eine Leermeldung nicht auf Grund des Textzusammenhangs eine zulässige Angabe darstellt.

Bieterlücken für Bieterangaben, die als Zuschlagskriterien vorgesehen sind, müssen ausgefüllt sein.

Macht ein Bieter bei Bieterlücken, die für die Angabe von Produkten (Erzeugnissen und Materialien) vorgesehen sind, keine Bieterangaben, gelten folgende Vereinbarungen:

Punkt 00.1105 A Z aus den Allgemeinen Bestimmungen des LV lautet daran anschließend im LV:

Sind Bieterlücken nicht ausgefüllt oder entsprechen die alternativ angebotenen Produkte nicht der Qualitätsgleichwertigkeit, gilt Folgendes:

- -Strichaufzählung
Ist in der Ausschreibung ein bestimmtes Produkt beispielhaft mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ (oder mit sinngemäß gleichartigem Wortlaut) enthalten, so gilt dieses Produkt gemäß ÖNORM A 2050, Ausgabe 2006-11-01, Abschnitt 6.1.8 als angeboten.
- -Strichaufzählung
Hat der Ausschreiber die Wahl des Produktes durch eine entsprechende Formulierung dem Auftragnehmer ausdrücklich freigestellt, gelten ausschließlich die in der Ausschreibung enthaltenen technischen Spezifikationen als vereinbart.
- -Strichaufzählung
Ist ein beispielhaftes Produkt (Erzeugnis oder Material) in der Ausschreibung nicht angegeben, so schlägt der Auftragnehmer dem Auftraggeber vor Leistungserbringung mehrere Produkte, die den technischen Angaben der Ausschreibung entsprechen, zur Auswahl vor.

Sind im Leistungsverzeichnis vom Ausschreiber [...]

In Punkt 6. des Angebotsschreibens, also dem Formular, welches zB Ing M*** erst nach Angebotsöffnung nachreichte, hat die BIG eine Geltungshierarchie der nachmaligen Vertragsgrundlagen derart festgelegt, dass vorrangig vor dem Leistungsverzeichnis – welches (scil: LV) in seinem Punkt 18. des Angebotsschreibens als Beilage zum Angebotsschreiben definiert ist – die Angebotsbestimmungen des Einladungsschreibens zur Angebotsabgabe und das gegenständliche Angebotsschreiben (ohne Beilagen) gelten.

In Punkt 2. der Angebotsbestimmungen des Ausschreibungsteils:

Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen hat die BIG zusätzlich und damit vorrangig zu den oben wieder gegebenen Regelungen des LV iZm Bieterlücken wiederum Bieterlückenregelungen bestandfest normiert.

Nach diesem vorrangigem Ausschreibungstext soll beim Anbot eines nicht gleichwertigen Erzeugnisses das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten gelten, wenn der Bieter dies im Begleitschreiben zum Angebot erklärt. Würden die als gleichwertig angebotenen Materialien bzw Erzeugnisse das Ändern von Plänen und/oder ausgeführten Leistungen erfordern, so gehen im Falle der Beauftragung die daraus entstehenden Kosten zu Lasten des Bieters. Setzt ein Bieter – nach diesen Angebotsbestimmungen - bei den entsprechenden Positionen keine Erzeugnisse oder Materialien seiner Wahl ein, so sollen die beispielhaft angeführten Erzeugnisse oder Materialien als angeboten gelten.

Festzustellen ist sohin, dass im Punkt 2. der Angebotsbestimmungen

des Ausschreibungsteils: Einladung zur Angebotsabgabe und

Angebotsbestimmungen keine Regelung enthalten ist, die der LV - Regelung derogiert, auf die sich die Antragstellerin rücksichtlich des Bieterlückenvorbringens der BIG in der Verhandlung vor dem BVA berufen hat, nämlich eben:

„ ... - Ist ein beispielhaftes Produkt (Erzeugnis oder Material) in der Ausschreibung nicht angegeben, so schlägt der Auftragnehmer dem Auftraggeber vor Leistungserbringung mehrere Produkte, die den technischen Angaben der Ausschreibung entsprechen, zur Auswahl vor. ...“

Sohin ist zum Bieterlückenvorbringen der BIG auf Seite 2 der Verhandlungsniederschrift ergänzend festzustellen:

Bei den LV – Positionen 37.2001 A Z (Trennwandkonstr. Schichtstoff WC+DU) und 37.20.01 C Z (Duschtrennwände Schichtstoff) bzw bei den LV Positionen 37. 2002 A Z (Wandverkleidung Schichtstoff WC+DU) und 37.3002 B Z (Az. Türbänder Rollentürband)

kann in vertretbarer Auslegung sämtlicher Ausschreibungsgrundlagen rücksichtlich der Diktion des LV, dass der Auftragnehmer vor Leistungserbringung Produkte vorzuschlagen hat, ein an Vorschläge des Auftragnehmers gebundenes Wahlrecht des Auftraggebers vor Leistungserbringung, also insb auch nach Vertragsabschluss (Zuschlagserteilung) als in der Ausschreibung bestandfest normiert festgestellt werden,

womit weiters feststeht, dass insoweit aus der vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens insoweit kein ohne Ausscheidensentscheidung aufgreifbarer Ausscheidensgrund festgestellt werden kann.

Hiefür wären – wenn überhaupt einen Ausscheidensgrund darstellend – weitergehende Angebotsprüfschritte und Angebotserörterungen der BIG gemäß § 126 BVerG 2006 erforderlich gewesen, die in einer Niederschrift gemäß §§ 126 und 128 BVerG 2006 zu dokumentieren gewesen wären. Hiefür wären – wenn überhaupt einen Ausscheidensgrund darstellend – weitergehende Angebotsprüfschritte und Angebotserörterungen der BIG gemäß Paragraph 126, BVerG 2006 erforderlich gewesen, die in einer Niederschrift gemäß Paragraphen 126 und 128 BVerG 2006 zu dokumentieren gewesen wären.

Das LV hat nämlich in den idZ auftraggeberseitig vorgebrachten LV – Positionen kein beispielhaftes Produkt iSd LV Position 00.1105A Z normiert gehabt, soweit dies ohne Sachverständigen für den erkennenden Senat ersichtlich ist.

1.5.3.2. Zum Vorbringen der BIG betreffend Begleitschreiben der Antragstellerin, erstattet in der Verhandlung vor dem BVA am 19.7.2012, ist – über die obigen Ausführungen zur Verneinbarkeit eines Ausscheidensgrunds aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens hinaus - nunmehr seitens des BVA ergänzend festzustellen:

1.5.3.2.1. Wenn die BIG hier im Sinne eines hinreichend konkreten Vorbringens in Reaktion auf den oben abgedruckten Text des Begleitschreibens zur Bestreitung der Antragslegitimation auf die Position 37.2002B Z (Wandverkl-Spanpl.beschichtet B1 inkl. UK) des LV verweist und wie oben zitiert vorbringt, ist dieser angezogene Ausscheidensgrund weder aus dem bloßen Text der bezogenen LV – Position noch sonst aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens für den erkennenden Senat schlüssig deduktiv herleitbar. Es ist derzeit auch nicht feststellbar, ob insoweit die Beiziehung eines Sachverständigen durch das BVA iSv VwGH ZI 2007/04/0012 geboten wäre, um die behauptete Widersprüchlichkeit festzustellen. Der Senat vermag hier hinsichtlich der Behauptung, die Antragstellerin würde (ein insoweit auf Seite 16 des LV formuliertes) Wahlrecht des Auftraggebers betreffend einen Schichtstoff mit beidseitig gleichem Dekor ausschreibungswidrig nicht anbieten und damit ein Wahlrecht des Auftraggebers verkürzen, auf Basis der von der BIG geschaffenen Aktenlage des Vergabeverfahrens tatsächlich nicht zu beurteilen, inwieweit das Begleitschreiben der Antragstellerin hier der Ausschreibung rechtserheblich widerspricht, wenn im Begleitschreiben ausgeführt wurde:

... - Das ausgeschriebene HPL – Oberfläche ist lt Lieferant nur in HG lieferbar.

1.5.3.2.2. Im gleichen Sinn ist für den erkennenden Senat aus der vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ein Ausscheidensgrund zu Lasten des Angebots der Antragstellerin iZm der LV Position 37.2002 E Z (Wandverkleidung Eckausbildung Postforming) und dem Begleitschreiben der Antragstellerin nicht feststellbar, da insoweit für den erkennenden Senat eine Angebotsprüfniederschrift der BIG erforderlich wäre, in welcher ein derartiger Ausscheidensgrund schlüssig deduktiv hergeleitet ist, an Hand welcher (scil Niederschrift) das BVA beurteilen könnte, ob daraus der Ausscheidensgrund insb ohne Sachverständigennotwendigkeit für das BVA eben schlüssig deduktiv ableitbar ist.

Der erkennende Senat vermag hier hinsichtlich der Behauptung, an Hand des Begleitschreibenstextes „Postformingelemente sind gem. Produzent nur in der Oberflächenqualität FH lieferbar“, würde die Antragstellerin nicht die gleiche Oberflächenqualität wie die ausgeschriebene HPL – Oberfläche liefern, auf Basis der von der BIG geschaffenen Aktenlage des Vergabeverfahrens nicht zu beurteilen, inwieweit das Begleitschreiben der Antragstellerin der Ausschreibung rechtserheblich widerspricht.

1.5.4. Wenn die BIG lt Verhandlungsniederschrift beginnend auf deren Seite 4 die Antragslegitimation der Antragstellerin wegen deren angeblich nicht gegebener ausreichender Berufsbefugnis bestreitet, scheitert dieses Vorbringen bereits an der Tatsache, dass die BIG zum Nachweis dieses Vorbringens erstmalig in der Verhandlung

Unterlagen zur Dokumentation der fehlenden Berufsbefugnis der Antragstellerin vorgelegt hat, womit dieses Vorbringen iSv VwGH ZI 2009/04/0207 auf nach eigenen Angaben von der BIG erst im Nachprüfungsverfahren und sohin verspätet an das BVA vorgelegte Unterlagen gestützt wird, siehe die Verhandlungsniederschrift vom 19.7.2012.

1.5.5. Soweit iZm der Angabe zum Mindestinnenradius von 15 mm lt Begleitschreiben der Antragstellerin ein Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin erwogen werden könnte, ist dieser Ausscheidensgrund jedenfalls derzeit nicht schlüssig deduktiv aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ableitbar bzw insoweit nicht klar, ob das BVA hierzu zur eigenen Beurteilung einen Sachverständigen beiziehen müsste.

Der externe Angebotsprüfer der BIG, DI H***, hat zudem insoweit erst in der Verhandlung vor dem BVA und sohin verspätet iSv VwGH ZI 2009/04/0207 Detailpläne – allenfalls – zu Lasten der in diesem Punkt hinterfragten Antragslegitimation der Antragstellerin vorgelegt, bei denen – in einem Plan – allenfalls das Verbot eines Innenradius einer Postformingplatte ableitbar sein könnte, wobei dieser Aspekt dann auftraggeberseitig im Abgleich zB mit jener Passage in Punkt 2. der Angebotsbestimmungen „Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen“ iSv § 126 BVerGG 2006 mit der Antragstellerin zu erörtern gewesen sein könnte, die da lautet: Der externe Angebotsprüfer der BIG, DI H***, hat zudem insoweit erst in der Verhandlung vor dem BVA und sohin verspätet iSv VwGH ZI 2009/04/0207 Detailpläne – allenfalls – zu Lasten der in diesem Punkt hinterfragten Antragslegitimation der Antragstellerin vorgelegt, bei denen – in einem Plan – allenfalls das Verbot eines Innenradius einer Postformingplatte ableitbar sein könnte, wobei dieser Aspekt dann auftraggeberseitig im Abgleich zB mit jener Passage in Punkt 2. der Angebotsbestimmungen „Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen“ iSv Paragraph 126, BVerGG 2006 mit der Antragstellerin zu erörtern gewesen sein könnte, die da lautet:

Würden die als gleichwertig angebotenen Materialien bzw Erzeugnisse das Ändern von Plänen und/oder ausgeführten Leistungen erfordern, so gehen im Falle der Beauftragung die daraus entstehenden Kosten zu Lasten des Bieters. Im insoweit durch DI H*** vorgelegten Plan ist zudem insb auch eine Darstellung enthalten, die nach der Lebenserfahrung dahin gedeutet werden kann, dass eine einzige Platte um die Ecke zu biegen ist, was aber kaum ohne Innenradius bei der gebogenen Platte gehen wird.

1.5.6. Zur Antragslegitimation fand in der Verhandlung am 19.7.2012 auch folgende Erörterung zwischen den Streitteilen lt Seite 8 der Verhandlungsniederschrift statt:

Mag. J***: Das Vorbringen der Antragstellerin wird bestritten. Insbesondere wird zu der von der Antragstellerin genannten Pos. 37.20.02 B Z vorgebracht, dass ausdrücklich "Oberfläche HG und SG" ausgeschrieben sind. Ferner haben die Postforming Elemente jener Oberfläche zu entsprechen die in dieser Position festgeschrieben ist. Das Begleitschreiben widerspricht sich insofern selbst, weil laut Begleitschreiben die HPL Oberfläche nur in HG lieferbar sei, andererseits die Postforming Elemente jedoch nur in Oberflächenqualität FH lieferbar seien.

Mag. St*** verweist darauf, dass im Begleitschreiben bloße Wissenserklärungen enthalten sind. Dies wäre allenfalls aufzuklären.

Der erkennende Senat vermag hier hinsichtlich der verwendeten Begrifflichkeiten (HPL, HG, FH, SG, ...) aus der auftraggeberseitig vor dem Nachprüfungsverfahren geschaffenen Aktenlage des Vergabeverfahrens auf Tatsachenebene nicht zu erkennen, inwieweit die Antragstellerin hier ein unbehebbar fehlerhaftes bzw ausschreibungswidriges Angebot gelegt hat.

1.5.7. Zum Umstand, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot bei den angehängten Regieleistungen die Zahl von 466 % eingefügt hat, ist das Verhandlungsgeschehen wie folgt wiederzugeben:

Mag. J*** [BIG]: Dem Vorbringen der Antragstellerin zu den einschlägigen Kollektivvertrag der Antragstellerin, wonach zusätzlich ein "Spezialfacharbeiter" vorgesehen ist, ist zu entgegnen, dass in der verwendeten standardisierten Leistungsbeschreibung für die Hochbau in der Version 18 in der Leistungsgruppe 37 "Tischlerarbeiten" lediglich in der Ausschreibung verwendeten Pos. 37.90.01 A bzw. 37.90.01 B enthalten sind.

Mag. St*** [Antragstellerin]: Dies steht nicht im Widerspruch zum Vorbringen der Antragstellerin, sondern belegt nur die Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit der Ausfüllung der Zuschlagsposition im Pkt. 8 des Angebotsschreibens.

Sohin ist für den erkennenden Senat auch insoweit nicht ohne weitere Ermittlungen bereits aus der von der BIG geschaffenen Aktenlage des Vergabeverfahrens erkennbar, ob die Antragstellerin durch die Angabe von 466% Zuschlag zu den KV – Löhnen in Punkt 8. des Angebotsschreibens allenfalls ausschreibungswidrig angeboten wurde.

Insoweit wären nämlich weitere Erhebungen betreffend die rechtlichen Bestimmungsgründe für die künftigen angehängten Regieleistungen notwendig, um insb klären zu können, inwieweit die Antragstellerin insoweit neben Facharbeitern lt einschlägigem KV tatsächlich Spezialfacharbeiter einsetzen würde müssen.

1.5.8. Laut Seite 13 der Verhandlungsniederschrift fand im Verfahren folgende weitere Antragslegitimationserörterung statt:

Mag. J***: Als weiteres Beispiel zu dem Vorbringen iVm dem Begleitschreiben ist auf die Pos. 37.20.02 G Z Wandverkleidung, Trägerplatte beschichtet inkl. UK A2 zu verweisen, wonach nach der Beschreibung die Platten mit HPL beidseitig belegt sein müssen. Mag. J***: Als weiteres Beispiel zu dem Vorbringen in Verbindung mit dem Begleitschreiben ist auf die Pos. 37.20.02 G Z Wandverkleidung, Trägerplatte beschichtet inkl. UK A2 zu verweisen, wonach nach der Beschreibung die Platten mit HPL beidseitig belegt sein müssen.

Mag. St***: Richtig ist, dass in dieser Position im Gegensatz zu 37.20.02 B Z HPL genannt ist. Allerdings ist in dieser Position - abermals im Gegensatz zu 37.20.02 B keine Vorgabe für die Oberflächenstruktur enthalten. Die Ausführungen der Antragstellerin auf Seite 7 zu Pkt. 1 dieser Niederschrift beziehen sich daher nicht auf 37.20.02 B sondern auf 37.20.02 G. Insofern vermag der Verweis auf diese LV-Position eine Ausschreibungswidrigkeit des Begleitschreibens der Antragstellerin nicht zu begründen.

Mag. J*** weist darauf hin, dass in der Pos. 37.30.02 B Z nicht wie der Antragsteller vorbringt "nach Zuschlagserteilung" steht.

Mag. St***: Nachdem es sich hier um ein vertraglich vorbehaltenes Wahlrecht handelt, wird dieses Wahlrecht wohl jedenfalls auch nach Zuschlagserteilung ausübbar sein, anderenfalls die Formulierung aus Sicht der Antragstellerin als branchenkundige Unternehmen überhaupt keinen Sinn ergibt.

Da für den erkennenden Senat auch insoweit nicht bereits zu Beginn des Nachprüfungsverfahrens aus der von der BIG geschaffenen Aktenlage des Vergabeverfahrens jene wie vorstehend ersichtlich relevierten Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin ersichtlich sind, insb weil insoweit eine entsprechende Prüfniederschrift gemäß §§ 126 und 128 BVergG 2006 fehlt, konnte auch insoweit die Antragslegitimation nicht verneint werden. IZm der Position 37.3002 B Z insb auch wegen der bereits oben erörterten LV Position 00.1105 A Z nicht, wonach vor Leistungserbringung über Vorschlag des Auftragnehmers der Auftraggeber zu wählen hätte. Da für den erkennenden Senat auch insoweit nicht bereits zu Beginn des Nachprüfungsverfahrens aus der von der BIG geschaffenen Aktenlage des Vergabeverfahrens jene wie vorstehend ersichtlich relevierten Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin ersichtlich sind, insb weil insoweit eine entsprechende Prüfniederschrift gemäß Paragraphen 126 und 128 BVergG 2006 fehlt, konnte auch insoweit die Antragslegitimation nicht verneint werden. IZm der Position 37.3002 B Z insb auch wegen der bereits oben erörterten LV Position 00.1105 A Z nicht, wonach vor Leistungserbringung über Vorschlag des Auftragnehmers der Auftraggeber zu wählen hätte.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweismittelwürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0066-BVA/08/2012 und den diesbezüglich vorgelegten Vergabeunterlagen, soweit die Tatsachen nicht ohnehin als notorisch bzw gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0066-BVA/08/2012 und den diesbezüglich vorgelegten Vergabeunterlagen, soweit die Tatsachen nicht ohnehin als notorisch bzw gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.0. Anwendbare Rechtslage

Der Bundesgesetzgeber hat mit § 345 Abs 15 BVergG 2006 idFBGBl I 2012/10 angeordnet, dass - soweit hier relevant - nach dem 1.4.2012 eingeleitete Rechtsschutzverfahren gemäß dem BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10 durchzuführen sind; genauso wie nach dem 31.3.2012 eingeleitete Vergabeverfahren materiellrechtlich gemäß dem BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10 durchzuführen sind. Zitate des Bundesvergabegesetzes 2006 (= BVergG 2006) in diesem Bescheid beziehen sich daher grundsätzlich - mangels anderweitiger Klarstellung - auf das BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2012 /10. Der Bundesgesetzgeber hat mit Paragraph 345, Absatz 15, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins

2012/10 angeordnet, dass - soweit hier relevant - nach dem 1.4.2012 eingeleitete Rechtsschutzverfahren gemäß dem BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 durchzuführen sind; genauso wie nach dem 31.3.2012 eingeleitete Vergabeverfahren materiellrechtlich gemäß dem BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 durchzuführen sind. Zitate des Bundesvergabegesetzes 2006 (= BVergG 2006) in diesem Bescheid beziehen sich daher grundsätzlich - mangels anderweitiger Klarstellung - auf das BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2012 /10.

3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und formelle Zulässigkeit des Antrags

Die Geschäftsanteile der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. gemäß dem Bundesimmobiliengesetz BGBl I 141/2000 idgF sind zu 100% im Eigentum des Bunds iS des § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006, wobei die Eigenschaft der BIG als öffentliche Auftraggeberin und die Vergabekontrollkompetenz des BVA gemäß iVm § 291 Abs 2 BVergG 2006 unstrittig sind - § 313 BVergG 2006. Die Geschäftsanteile der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. gemäß dem Bundesimmobiliengesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, 141 aus 2000, idgF sind zu 100% im Eigentum des Bunds iS des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006, wobei die Eigenschaft der BIG als öffentliche Auftraggeberin und die Vergabekontrollkompetenz des BVA gemäß in Verbindung mit Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 unstrittig sind - Paragraph 313, BVergG 2006.

In der verfahrenseinleitenden Eingabe der Antragstellerin sind in einer Gesamtbewertung im Wesentlichen jene Mindestinhalte vorhanden, die § 322 BVergG 2006 für einen Nachprüfungsantrag vorschreibt. In der verfahrenseinleitenden Eingabe der Antragstellerin sind in einer Gesamtbewertung im Wesentlichen jene Mindestinhalte vorhanden, die Paragraph 322, BVergG 2006 für einen Nachprüfungsantrag vorschreibt.

Die Antragstellerin hat auch die über § 318 BVergG 2006 iVm der Verordnung BGBl II 2012/130 für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamts vorgesehenen Pauschalgebühren entrichtet. In formeller Hinsicht ist die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags im Übrigen unbestritten. Die Antragstellerin hat auch die über Paragraph 318, BVergG 2006 in Verbindung mit der Verordnung BGBl römisch zwei 2012/130 für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamts vorgesehenen Pauschalgebühren entrichtet. In formeller Hinsicht ist die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags im Übrigen unbestritten.

3.2. Zur Antragslegitimation

Der VwGH hat zB zu ZI2007/04/0095 klargestellt hat, dass die Verpflichtung der Vergabekontrollbehörde, sich mit der Antragslegitimation zu befassen, ein hinreichend konkretes Vorbringen einer Verfahrenspartei voraussetzt, mit dem die Antragslegitimation bestritten wird. Derart der VwGH im zitierten Erkenntnis:

... Für das fortgesetzte Verfahren sei Folgendes festgehalten:

Der Verwaltungsgerichtshof sieht sich nicht veranlasst, von seiner ständigen Judikatur abzugehen, wonach die Nachprüfungsbehörde [...] bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet - ist, bei der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (vgl. zum BVergG 2006 das hg. Erkenntnis vom 28. Mai 2008, Zlen. 2007/04/0232 und 0233, mwN). ... Der Verwaltungsgerichtshof sieht sich nicht veranlasst, von seiner ständigen Judikatur abzugehen, wonach die Nachprüfungsbehörde [...] bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet - ist, bei der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre vergleiche zum BVergG 2006 das hg. Erkenntnis vom 28. Mai 2008, Zlen. 2007/04/0232 und 0233, mwN). ...

Es ist im vorliegenden Fall jedoch generell aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens iSd Ausführungen des VwGH zu ZI 2007/04/0095 und insb 2009/04/0207, wie sie (scil: Aktenlage des Vergabeverfahrens) insb in Punkt 1.5. dieses Bescheids dargestellt wurde, nicht ersichtlich, dass schlüssig deduktiv ohne Sachverständigen seitens des erkennenden Senats Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin bereits jetzt als solche eindeutig festgestellt werden können; bzw ist jedenfalls auch noch nicht ersichtlich, ob für einzelnen angedachte/vorgebrachte Ausscheidensgründe - rücksichtlich des Vorbringens der Antragstellerin in der Verhandlung - allenfalls ein Sachverständiger zwecks Nachweises von Ausscheidensgründen zu Lasten der Antragstellerin notwendig wäre.

Aus diesem Grunde war es iSv VwGH Zlen2007/04/0012 und 2007/04/0095 sowie 2009/04/0207 nicht zulässig, den Nachprüfungsantrag unter Hinweis auf die fehlende Antragslegitimation iSv § 320 Abs 1 BVergG 2006 zurückzuweisen. Die Unzulässigkeit des Aufgreifens des Befugnisvorbringens der BIG zu Lasten der Antragstellerin ergibt sich zudem bereits daraus, dass die BIG diesbezügliche Befugnisunterlagen betreffend die Antragstellerin erst während des Nachprüfungsverfahrens vorlegte, was nach VwGH ZI 2009/04/0207 insoweit verspätet ist. Aus diesem Grunde war es iSv VwGH Zlen 2007/04/0012 und 2007/04/0095 sowie 2009/04/0207 nicht zulässig, den Nachprüfungsantrag unter Hinweis auf die fehlende Antragslegitimation iSv Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 zurückzuweisen. Die Unzulässigkeit des Aufgreifens des Befugnisvorbringens der BIG zu Lasten der Antragstellerin ergibt sich zudem bereits daraus, dass die BIG diesbezügliche Befugnisunterlagen betreffend die Antragstellerin erst während des Nachprüfungsverfahrens vorlegte, was nach VwGH ZI 2009/04/0207 insoweit verspätet ist.

3.3. Zur Nichtigerklärung

3.3.1. Die hier einschlägig interessierenden Gesetzesbestimmungen lauten:

5. Abschnitt

Grundsätze des Vergabeverfahrens und allgemeine Bestimmungen

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 19, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

[...]

7. Abschnitt

Ablauf einzelner Vergabeverfahren

Ablauf des offenen Verfahrens

§ 101. (1) Offene Verfahren sind in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den §§ 46, 50 bis 52 und 55 bekannt zu machen. Paragraph 101, (1) Offene Verfahren sind in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den Paragraphen 46, 50 bis 52 und 55 bekannt zu machen.

(2) Anzahl und Namen der Unternehmer, die ihr Interesse an der Teilnahme an einem offenen Verfahren bekundet haben, sind bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten.

(3) Im offenen Verfahren können Unternehmer innerhalb der Angebotsfrist ihre Angebote einreichen.

(4) Während eines offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.

[...]

Öffnung der Angebote

§ 118. (1) Bei offenen und bei nicht offenen Verfahren sind die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen. Die Öffnung hat durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter sind grundsätzlich berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen. Sie dürfen nur aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist die Öffnung durch eine aus mindestens drei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers bestehende Kommission vorzunehmen. Paragraph 118, (1) Bei offenen und bei nicht offenen Verfahren sind die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen. Die Öffnung hat durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter sind

grundsätzlich berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen. Sie dürfen nur aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist die Öffnung durch eine aus mindestens drei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers bestehende Kommission vorzunehmen.

(2) [...].

(5) Aus den Angeboten – auch Alternativ- und Abänderungsangeboten – sind folgende Angaben vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten:

1. 1.Ziffer eins
Name und Geschäftssitz des Bieters;
2. 2.Ziffer 2
der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise;
3. 3.Ziffer 3
wesentliche Erklärungen der Bieter;
4. 4.Ziffer 4
sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien als dem Preis relevante in Zahlen ausgedrückte Bieterangaben, deren sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist und in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde. Aus Schreiben der Bieter, mit welchen einzelne Preise oder der Gesamtpreis des Angebotes abgeändert werden, dürfen nur die geänderten einzelnen Einheits- oder Positionspreise sowie der geänderte Gesamtpreis oder Angebotspreis bekannt gegeben werden. Andere Angaben dürfen den Bietern nicht zur Kenntnis gebracht werden. Wenn auf Grund der Vielzahl der Preise ein Verlesen derselben untunlich wäre, so sind den Bietern, die dies beantragen, die Preise binnen drei Arbeitstagen nachweislich bekannt zu geben.

(6) Es ist eine Niederschrift aufzunehmen, in welche zusätzlich zu den nach Abs. 3 bis 5 erforderlichen Angaben einzutragen ist:(6) Es ist eine Niederschrift aufzunehmen, in welche zusätzlich zu den nach Absatz 3 bis 5 erforderlichen Angaben einzutragen ist:

1. 1.Ziffer eins
Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende der Öffnung;
2. 2.Ziffer 2
Geschäftszahl, Gegenstand und Hinweis auf die Art des Verfahrens;
3. 3.Ziffer 3
die Namen der Anwesenden;
4. 4.Ziffer 4
zwingend verlangte, aber nicht vorhandene Beilagen;
5. 5.Ziffer 5
Vermerke über offensichtliche Angebotsmängel.

Die Niederschrift ist von den Mitgliedern der Kommission zu unterfertigen. Auf formlose Aufforderung ist den Bietern – so sie an der Öffnung teilnahmeberechtigt waren – eine Abschrift der Niederschrift auszufolgen.

(7) [...]

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. 1.Ziffer eins
[...]
1. 7.Ziffer 7
den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und

Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind [...];

3.3.2. Zum gebotenen Ausscheiden des Angebots des Ing M***

Der Senat stützt sich für die nachstehende Beurteilung auf den Rechtsatz aus der unter www.ris.bka.gv.at veröffentlichten Rsp des VwGH wie folgt [- Hervorhebungen durch das BVA]:

Geschäftszahl

2008/04/0087

Rechtssatz

Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geht davon aus, dass eine Behebung eines Mangels dann nicht zulässig ist, wenn durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters (nachträglich) gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. Im E vom 25. März 2010, 2005/04/0144, präzisierte der Verwaltungsgerichtshof diese Rechtsprechung dahingehend, dass ein Mangel, welcher eine inhaltliche Änderung des Angebotes hinsichtlich eines Bereiches, der für die Bewertung der Angebote relevant ist, bedeute, unbehebbar wäre. Ein nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes behebbarer Mangel stellt daher im Sinne der Rechtsprechung des EuGH keine (materielle) nachträgliche Änderung des Angebotes dar, vielmehr bleibt dieses materiell (seinem Inhalt nach) unverändert.

Der VwGH beurteilt es also entsprechend dem vorabgedruckten Rechtssatz eindeutig als unbehebbarer Angebotsmangel, wenn der befristet vom Bieter zu bestimmende Angebotsinhalt nachträglich geändert wird.

3.3.2.1. Das Nichtausfüllen des Leerfelds auf Seite 4 des Angebotsschreibens betreffend den Stoffkostenzuschlag durch Ing M*** bis zum Ablauf der Angebotsfrist und die danach am 11.6.2012 erfolgte Nachreichung dieser Angabe zur nachmaligen Bestimmung eines Preisanteils bei angehängten Regieleistungen stellen eine materiell – inhaltliche Änderung des Angebots des Ing M*** nach dem 5.6.2012, dem Angebotsschlusstermin, dar. Durch diese Ergänzung des Angebotsinhalts im Punkte des Stoffkostenzuschlags über Rückfrage des externen Angebotsprüfers der BIG vom 6.6.2012 schließlich erst am 11.6.2012 wurde seitens der Auftraggeberin gegen § 101 Abs 4 BVergG 2006 verstoßen. 3.3.2.1. Das Nichtausfüllen des Leerfelds auf Seite 4 des Angebotsschreibens betreffend den Stoffkostenzuschlag durch Ing M*** bis zum Ablauf der Angebotsfrist und die danach am 11.6.2012 erfolgte Nachreichung dieser Angabe zur nachmaligen Bestimmung eines Preisanteils bei angehängten Regieleistungen stellen eine materiell – inhaltliche Änderung des Angebots des Ing M*** nach dem 5.6.2012, dem Angebotsschlusstermin, dar. Durch diese Ergänzung des Angebotsinhalts im Punkte des Stoffkostenzuschlags über Rückfrage des externen Angebotsprüfers der BIG vom 6.6.2012 schließlich erst am 11.6.2012 wurde seitens der Auftraggeberin gegen Paragraph 101, Absatz 4, BVergG 2006 verstoßen.

Was aber eine unzulässige nachträgliche Angebotsänderung nach § 101 Abs 4 BVergG 2006 darstellt, kann nicht gleichzeitig als behebbarer Angebotsmangel bzw nicht als behebbare Angebotsunvollständigkeit bewertet werden. Das Angebot des Ing M*** wäre daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 206 auszuschneiden gewesen, weil die BIG am 5.6.2012 innerhalb der Angebotsfrist keine Erklärung des Ing M*** erhalten hat, mit welchem – das Angebot inhaltlich bestimmenden – Stoffkostenzuschlag – Ing M*** anbieten würde. Was aber eine unzulässige nachträgliche Angebotsänderung nach Paragraph 101, Absatz 4, BVergG 2006 darstellt, kann nicht gleichzeitig als behebbarer Angebotsmangel bzw nicht als behebbare Angebotsunvollständigkeit bewertet werden. Das Angebot des Ing M*** wäre daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 206 auszuschneiden gewesen, weil die BIG am 5.6.2012 innerhalb der Angebotsfrist keine Erklärung des Ing M*** erhalten hat, mit welchem – das Angebot inhaltlich bestimmenden – Stoffkostenzuschlag – Ing M*** anbieten würde.

3.3.2.2. Betreffend das am 5.6.2012 durch Ing M*** nicht abgegebene Angebotsschreiben hat Ing M*** am 5.6.2012 innerhalb der offenen Angebotsfrist zudem keine Erklärung dahin abgegeben, ob er – bewertungsrelevant - eine Gewährleistungsfristverlängerung anbieten würde.

Durch das Nachreichen des Angebotsschreibens nach dem 5.6.2012 hat Ing M*** sein Angebot nach dem 5.6.2012 nachträglich - entgegen §101 Abs 4 BVergG 2006 - materiell – inhaltlich geändert, was insb auch wegen potentieller Bewertungsrelevanz des nachgereichten Angebotsinhalts seitens der BIG richtiger Weise. Durch das Nachreichen des Angebotsschreibens nach dem 5.6.2012 hat Ing M*** sein Angebot nach dem 5.6.2012 nachträglich - entgegen §101

Absatz 4, BVerGG 2006 - materiell – inhaltlich geändert, was insb auch wegen potentieller Bewertungsrelevanz des nachgereichten Angebotsinhalts seitens der BIG richtiger Weise

als Ausscheidensgrund wegen unbehebbarer Angebotsunvollständigkeit herangezogen hätte werden müssen - § 129 Abs 1 Z 7 BVerGG 2006. Für die sich bei § 129 Abs 1 Z 7 BVerGG 2006 stellende Frage der Behebbarkeit von Angebotsmängeln bzw Angebotsunvollständigkeiten ist nach Senatsauffassung auf die Angebotserklärung zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist und damit auf den objektiv redlichen Empfängerhorizont der Angebotserklärung am 5.6.2012 bei Angebotsöffnung abzustellen, denn durch die Verlesung der Preise am 5.6.2012 bei der Angebotsöffnung würde im Falle einer nachträglichen Angabemöglichkeit einer auch verlängerten Gewährleistungsfrist die Möglichkeit eröffnet, dass ein Bieter vorerst nur seinen Preis angibt, um danach in Abhängigkeit von seiner nach den Verlesungen bei Angebotsöffnung besser erkennbaren Wettbewerbsstellung nachträglich nach Angebotsfristende noch entscheiden zu können, inwieweit er vielleicht auch eine Gewährleistungsfristverlängerung anbietet.als Ausscheidensgrund wegen unbehebbarer Angebotsunvollständigkeit herangezogen hätte werden müssen - Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVerGG 2006. Für die sich bei Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVerGG 2006 stellende Frage der Behebbarkeit von Angebotsmängeln bzw Angebotsunvollständigkeiten ist nach Senatsauffassung auf die Angebotserklärung zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist und damit auf den objektiv redlichen Empfängerhorizont der Angebotserklärung am 5.6.2012 bei Angebotsöffnung abzustellen, denn durch die Verlesung der Preise am 5.6.2012 bei der Angebotsöffnung würde im Falle einer nachträglichen Angabemöglichkeit einer auch verlängerten Gewährleistungsfrist die Möglichkeit eröffnet, dass ein Bieter vorerst nur seinen Preis angibt, um danach in Abhängigkeit von seiner nach den Verlesungen bei Angebotsöffnung besser erkennbaren Wettbewerbsstellung nachträglich nach Angebotsfristende noch entscheiden zu können, inwieweit er vielleicht auch eine Gewährleistungsfristverlängerung anbietet.

Dies würde gegen § 19 Abs 1 BVerGG 2006 im Punkte der Bietergleichbehandlung und des laueren Wettbewerbs verstoßen. Die seitens des Ing M*** unterfertigte Anerkennungsklausel auf Seite 29 des LV vermag insoweit die am 5.6.2012 fehlende vollständige Angebotserklärung nicht zu ersetzen.Dies würde gegen Paragraph 19, Absatz eins, BVerGG 2006 im Punkte der Bietergleichbehandlung und des laueren Wettbewerbs verstoßen. Die seitens des Ing M*** unterfertigte Anerkennungsklausel auf Seite 29 des LV vermag insoweit die am 5.6.2012 fehlende vollständige Angebotserklärung nicht zu ersetzen.

Ohne Abgabe des Angebotsschreibens bereits innerhalb der Angebotsfrist erhält die BIG maW innerhalb der Angebotsfrist nämlich gar keine Erklärung, ob und in welchem Ausmaß Ing M*** bewertungsrelevant keine bzw irgendeine Gewährleistungsfristverlängerung anbieten will.

3.3.2.3. Die vorausgezeigten Rechtswidrigkeiten wegen des Nicht – Ausscheidens des Angebots des Ing M*** iSv § 325 Abs 1 Z 1 BVerGG 2006 sind zudem wegen Unzulässigkeit der Vergabe des streitigen Auftrags an Ing M*** evident von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, womit mit Nichtigerklärung vorzugehen war.3.3.2.3. Die vorausgezeigten Rechtswidrigkeiten wegen des Nicht – Ausscheidens des Angebots des Ing M*** iSv Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVerGG 2006 sind zudem wegen Unzulässigkeit der Vergabe des streitigen Auftrags an Ing M*** evident von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, womit mit Nichtigerklärung vorzugehen war.

3.3.3. Insoweit muss gemäß § 39 Abs 3 AVG nicht noch näher erwogen werden, ob die in Punkt 8. des Angebotsschreibens des Ing M*** unterlassene Angabe eines Zuschlags zu den KV – Löhnen, dH: die dort in Abhängigkeit vom LV – Inhalt geforderte Angabe, ob 0 % Zuschlag oder ein anderer Prozentsatz angegeben werden, einen weiteren Ausscheidensgrund zu Lasten des Angebots des Ing M*** darstellen würde.3.3.3. Insoweit muss gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG nicht noch näher erwogen werden, ob die in Punkt 8. des Angebotsschreibens des Ing M*** unterlassene Angabe eines Zuschlags zu den KV – Löhnen, dH: die dort in Abhängigkeit vom LV – Inhalt geforderte Angabe, ob 0 % Zuschlag oder ein anderer Prozentsatz angegeben werden, einen weiteren Ausscheidensgrund zu Lasten des Angebots des Ing M*** darstellen würde.

3.4. Zum Pauschalgebührenersatz

Die Antragstellerin obsiegte mit ihrem Nachprüfungs- und eV – Antrag. Sie bezahlte die gemäß der Verordnung der Bundesregierung, BGBl II 2012/130, für ihre Rechtsschutzanträge geforderten Gebühren in Höhe von 4.500,00 EuroDie Antragstellerin obsiegte mit ihrem Nachprüfungs- und eV – Antrag. Sie bezahlte die gemäß der Verordnung der

Bundesregierung, BGBl. römisch zwei 2012/130, für ihre Rechtsschutzanträge geforderten Gebühren in Höhe von 4.500,00 Euro.

Wegen des entsprechenden Ersatzbegehrens war daher gemäß § 319 BVergG 2006 iVm§ 19a RAO mit Pauschalgebührenauflegung zu Handen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin vorzugehen. Wegen des entsprechenden Ersatzbegehrens war daher gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraph 19 a, RAO mit Pauschalgebührenauflegung zu Handen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin vorzugehen.

Schlagworte

Antragslegitimation; Unvollständigkeit; Behebbarkeit; Unbehebbarkeit; Wettbewerbsrelevanz;

Zuletzt aktualisiert am

11.10.2012

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