

TE Verg Bescheid 2012/6/4 N/0045-BVA/07/2012-23

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.06.2012

Norm

BVergG 2006 §129 Abs5

BVergG 2006 §129 Abs7

BVergG 2006 §319

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 § 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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "SAPDL2012" (interne GZ: 6104/2-K-BE/12), des Auftraggebers Bundesrechenzentrum GmbH, Hintere Zollamtsstraße 4, 1030 Wien, vertreten durch die X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 30.4.2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "SAPDL2012" (interne GZ: 6104/2-K-BE/12), des Auftraggebers Bundesrechenzentrum GmbH, Hintere Zollamtsstraße 4, 1030 Wien, vertreten durch die X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 30.4.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die uns mit Telefax vom 19.04.2012 bekannt gegebene Ausscheidensentscheidung für nichtig erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu Händen unserer ausgewiesenen Rechtsvertreter verpflichten", wird abgewiesen.

Begründung

Mit EU-weiter Bekanntmachung, versendet am 10.2.2012, GZ 2012/S 31-050141, schrieb der Auftraggeber den gegenständlichen Dienstleistungsauftrag (Dienstleistungskategorie Nr. 7) in einem offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich aus. Das gegenständliche Verfahren wird zur Ermittlung von jeweils 5 Rahmenvereinbarungspartnern je Teilleistung (Teilleistung 1 "SAP for Public Sector", Teilleistung 2 "Human Capital Management", Teilleistung 3 "SAP Business Warehouse" und Teilleistung 4 "SAP-Basis Dienstleistungen") durchgeführt. Das Ende der Angebotsfrist war mit 11.4.2012, 10:00 Uhr, festgelegt (siehe GZ 2012/S 59- 095163). Zu jeder der 4 Teilleistungen konnte ein Angebot gelegt werden. Die Antragstellerin hat fristgerecht für alle vier Teilleistungen ein Angebot abgegeben.

Mit Telefax vom 19.4.2012 wurde der Antragstellerin Folgendes mitgeteilt:

"(...)

Gemäß Teil A, Punkt 25 hat der Bieter mit Abgabe des Angebots ein Vadium in Höhe von Euro 20.000 zu leisten und dem Angebot den Nachweis über den Erlag dieses Vadiums bei einem in der Europäischen Union bzw im EWR ansässigen Kreditinstitut bester Bonität in Form des Originaldokuments einer bis zum 08.10.2012 befristeten, unwiderruflichen, abstrakten Bankgarantie laut Muster (Teil D) beizulegen.

Gemäß Teil A, Punkt 25 stellt das Fehlen eines solchen originalen Nachweises bei Angebotsöffnung einen unbehebaren Mangel dar und führt zur Ausscheidung des Angebotes gemäß § 129 Abs. 1 Z 5 BVergG. Ihrem Angebot liegt als Beilage 6 ein Vadium in Form einer Bankgarantie in der geforderten Höhe bei. Jedoch handelt es sich bei der beigelegten Bankgarantie nicht, wie ausdrücklich im Teil A, Punkt 25, gefordert, um ein Originaldokument, sondern eindeutig um eine Kopie. Gemäß Teil A, Punkt 25 stellt das Fehlen eines solchen originalen Nachweises bei Angebotsöffnung einen unbehebaren Mangel dar und führt zur Ausscheidung des Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG. Ihrem Angebot liegt als Beilage 6 ein Vadium in Form einer Bankgarantie in der geforderten Höhe bei. Jedoch handelt es sich bei der beigelegten Bankgarantie nicht, wie ausdrücklich im Teil A, Punkt 25, gefordert, um ein Originaldokument, sondern eindeutig um eine Kopie.

Das Fehlen einer originalen Bankgarantie stellt einen unbehebaren Mangel dar und führt zur Ausscheidung des Angebotes.

Die Bundesrechenzentrum GmbH teilt Ihnen daher mit, dass Ihr Angebot zum gegenständlichen Vergabeverfahren mit diesem Schreiben gemäß § 129 Abs. 1 Z 5 und Z 7 BVergG aus dem oben angeführten Grund ausgeschieden wird. (...)"Die Bundesrechenzentrum GmbH teilt Ihnen daher mit, dass Ihr Angebot zum gegenständlichen Vergabeverfahren mit diesem Schreiben gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5 und Ziffer 7, BVergG aus dem oben angeführten Grund ausgeschieden wird. (...)"

Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der vorliegende Nachprüfungsantrag, in dem die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 30.4.2012 und 18.5.2012 vorbringt, diese sei rechtswidrig. Diese Entscheidung sei offensichtlich deshalb getroffen worden, da dem Angebot der Antragstellerin die Bankgarantie über das Vadium nicht im Original, sondern lediglich in Farbkopie beigelegt war. § 129 Abs. 1 Z 5 BVergG pönalisiert jedoch lediglich, dass der Auftraggeber ein Vadium verlangt habe, "dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt". Dem Angebot der Antragstellerin habe jedoch nicht jeder Nachweis eines Vadiums gefehlt, dem Angebot sei vielmehr nur die Farbkopie der Originalurkunde anstatt die Originalurkunde selbst beigelegt gewesen. Dem § 129 Abs. 1 Z 5 BVergG lasse sich nicht entnehmen, dass eine Nachweisführung durch Vorlage der Kopie einer Bankgarantie - der sich ja entnehmen lasse, dass es die bedungene Bankgarantie tatsächlich gebe - unzulässig sei. Ein solcher "Mangel" müsse daher verbesserungsfähig sein. Wenn der Auftraggeber dennoch vermeine, die Ausscheidensentscheidung auf § 129 Abs. 1 Z 5 BVergG stützen zu können, so unterstelle er dieser Bestimmung einen normativen Gehalt, der dieser nicht zukomme. Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der vorliegende Nachprüfungsantrag, in dem die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 30.4.2012 und 18.5.2012 vorbringt, diese sei rechtswidrig. Diese Entscheidung sei offensichtlich deshalb getroffen worden, da dem Angebot der Antragstellerin die Bankgarantie über

das Vadium nicht im Original, sondern lediglich in Farbkopie beigelegt war. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG pönalisiere jedoch lediglich, dass der Auftraggeber ein Vadium verlangt habe, "dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt". Dem Angebot der Antragstellerin habe jedoch nicht jeder Nachweis eines Vadiums gefehlt, dem Angebot sei vielmehr nur die Farbkopie der Originalurkunde anstatt die Originalurkunde selbst beigelegt gewesen. Dem Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG lasse sich nicht entnehmen, dass eine Nachweisführung durch Vorlage der Kopie einer Bankgarantie - der sich ja entnehmen lasse, dass es die bedungene Bankgarantie tatsächlich gebe - unzulässig sei. Ein solcher "Mangel" müsse daher verbesserungsfähig sein. Wenn der Auftraggeber dennoch vermeine, die Ausscheidensentscheidung auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG stützen zu können, so unterstelle er dieser Bestimmung einen normativen Gehalt, der dieser nicht zukomme.

Hinzu komme, dass sich dem Wortlaut des Punktes 25 des Teils A. der Ausschreibungsunterlage sprachlich und grammatikalisch nicht eindeutig entnehmen lasse, was konkret pönalisiert werden solle. Verlangt sei, dass nachgewiesen werde, dass das Vadium beim Kreditinstitut (und nicht beim Auftraggeber!) hinterlegt worden sei. Dieser Nachweis sei in Form eines Originaldokumentes einer bis zum 08.10.2012 befristeten, unwiderruflichen, abstrakten Bankgarantie laut beiliegendem Muster (Teil D) zu führen. Es gebe freilich keine Bankgarantie, der sich entnehmen lasse, dass der Bieter das Vadium bei der Bank hinterlegt habe. Bei einer Bankgarantie garantiere eine Bank nämlich, auf erstes Anfordern zu zahlen und nicht, dass bei dieser ein Betrag hinterlegt worden sei. Auch der vom Auftraggeber bereitgestellten Musterbankgarantie lasse sich nicht entnehmen, dass die Bank garantiere, dass das Vadium bei ihr erlegt worden sei. Der Auftraggeber habe daher etwas Unmögliches, nämlich eine Bankgarantie über den Erlag des Vadiums bei der Bank, gefordert und die Verwendung einer Musterbankgarantie vorgeschrieben, die seinen eigenen Vorgaben widerspreche. Grammatikalisch unklar sei weiters, ob sich die Wortgruppe

"in Form des Originaldokuments einer Bankgarantie" auf "den Nachweis"

oder auf "den Erlag dieses Vadiums" beziehe. Fraglich sei, ob also der Nachweis oder der Vadiumserlag durch Vorlage des Originaldokuments erfolgen müsse. Wählte man die - sprachlich gleichwertig zulässige - zweitgenannte Auslegungsvariante, dann würde die Vorlage einer Kopie dieses Originaldokumentes - wie es die Antragstellerin getan habe - die Ausschreibungsbedingungen erfüllen. Aufgrund der eindeutigen Textierung der Bankgarantie - wonach eine Zahlung der Bank an den Auftraggeber ohne Vorlage der Originalbankgarantie erfolge - sei der Antragstellerin als sachverständiger Bieterin klar gewesen, dass sie mit der Vorlage einer Kopie der Intention des Auftraggebers entspreche. Die Antragstellerin habe dabei insbesondere den Umstand berücksichtigt, dass es dem Auftraggeber darauf ankomme, auf das Vadium greifen zu können, was diesem auch ohne Originalbankgarantie möglich sei.

Unklar formulierte Ausschreibungsbedingungen gingen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes zu Lasten des Auftraggebers. Punkt 25 des Teils A. der Ausschreibungsunterlage rechtfertige kein Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin. Die Ausscheidensentscheidung sei daher rechtswidrig erfolgt.

Die Antragstellerin, deren Branchenschwerpunkt auf den drei Kernsegmenten Öffentliche Verwaltung, Automotive und Telekommunikation liege, habe ihr Interesse, Partei der Rahmenvereinbarung für alle der vier ausgeschriebenen Teilbereiche zu werden, insbesondere durch die rechtzeitige Legung eines Angebots für alle vier Teilbereiche dokumentiert. Sie habe größtes wirtschaftliches Interesse an den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen.

Durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung drohe der Antragstellerin ein finanzieller Schaden in Form des frustrierten Aufwandes für die bisherige Beteiligung am Vergabeverfahren sowie der bisher angefallenen Kosten der rechtsfreundlichen Beratung. Darüber hinaus drohe der Entgang eines wichtigen und prestigeträchtigen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten auf Bietergleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung, auf Gewährleistung eines freien und lauten Wettbewerbs, auf ein transparentes Vergabeverfahren, auf vergaberechtskonforme Angebotsprüfung sowie auf Nichtausscheiden ihres Angebotes verletzt.

Mit Schriftsatz vom 3.5.2012 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Der Auftragswert jeder der vier Teilleistungen sei im Oberschwellenbereich gelegen. Das Verfahren befinde sich im Stadium nach der Angebotsöffnung, derzeit würden die eingereichten Angebote geprüft. Teilweise seien bereits aufgrund formaler Mängel Angebote ausgeschieden worden. In weiteren Schriftsätzen vom 10.5.2012 und 24.5.2012 brachte der Auftraggeber vor, das Angebot der Antragstellerin, dem lediglich eine Kopie der Bankgarantie über die Leistung des

Vadiums beigelegt gewesen sei, sei gemäß § 129 Abs. 1 Z 5 und Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen, zumal - entgegen den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen - der Nachweis über die Sicherstellung in Form der Bankgarantie laut Muster (Teil D) nicht in Form des Originaldokumentes vorgelegt und somit ein den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot gelegt worden sei. Mit Schriftsatz vom 3.5.2012 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Der Auftragswert jeder der vier Teilleistungen sei im Oberschwellenbereich gelegen. Das Verfahren befinde sich im Stadium nach der Angebotsöffnung, derzeit würden die eingereichten Angebote geprüft. Teilweise seien bereits aufgrund formaler Mängel Angebote ausgeschieden worden. In weiteren Schriftsätzen vom 10.5.2012 und 24.5.2012 brachte der Auftraggeber vor, das Angebot der Antragstellerin, dem lediglich eine Kopie der Bankgarantie über die Leistung des Vadiums beigelegt gewesen sei, sei gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5 und Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen, zumal - entgegen den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen - der Nachweis über die Sicherstellung in Form der Bankgarantie laut Muster (Teil D) nicht in Form des Originaldokumentes vorgelegt und somit ein den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot gelegt worden sei.

Die Frage der Behebbar- bzw. Unbehebbarkeit eines Mangels stelle es sich nur im Zusammenhang mit dem Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006, nämlich im Falle des Vorliegens fehlerhafter oder unvollständiger Angebote. Zwar habe der Auftraggeber aus advokatischer Vorsicht die Ausscheidensentscheidung auch auf § 129 Abs. 1 Z 7 leg. cit. gestützt, jedoch weiters auch auf § 129 Abs. 1 Z 5 leg. cit., wonach Angebote, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt, auszuschneiden seien. Zwar sei ein Angebot, dessen Vadiumsnachweis bei Angebotsöffnung fehle auch ein "fehlerhaftes oder unvollständiges" Angebot im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 7 leg. cit., der Gesetzgeber habe jedoch für den Fall des fehlenden Vadiumsnachweises einen eigenen Ausscheidenstatbestand im Gesetz aufgenommen, der - wollte man dem Gesetzgeber nicht die Schaffung toten Rechts unterstellen - als lex specialis zu § 129 Abs. 1 Z 7 leg. cit. anzusehen sei. § 129 Abs. 1 Z 5 leg. cit. unterscheide gerade nicht zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln, so dass bei der Prüfung dieses Ausscheidenstatbestandes die Frage nach der Behebbar- bzw. Unbehebbarkeit eines Mangels zu unterbleiben habe. Wäre nämlich auch im Rahmen des § 129 Abs. 1 Z 5 leg. cit. eine derartige Prüfung notwendig, so stelle sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit dieser Norm, könnten ja dann alle unter diese Ziffer fallenden Ausscheidensgründe unter die Ziffer 7 des § 129 Abs. 1 leg. cit. subsumiert werden. Die Antragstellerin habe bereits mehrfach an vom Auftraggeber durchgeführten Vergabeverfahren teilgenommen, wobei in diesen Ausschreibungen die wörtlich idente Formulierung bezüglich des Vadiums und dessen Nachweises verwendet worden sei. Dabei habe die Antragstellerin immer Originalbankgarantien als Nachweis des Erlages des Vadiums vorgelegt. Nur durch die Vorlage der Originalbankgarantie bei der sich verpflichtenden Bank werde diese auch (ungeprüft) Zahlung an den Auftraggeber leisten. Würde der Auftraggeber nur eine Kopie vorlegen, so könne die Bank die Zahlung verweigern. Habe der Bieter seinem Angebot nur eine Kopie der Bankgarantie beigelegt und trete er etwa nach Ablauf der Angebotsfrist von seinem Angebot zurück, wodurch dem Auftraggeber ein Schaden entstehe, so läge es in der alleinigen Dispositionsmöglichkeit des Bieters, durch Vor- oder eben Nichtvorlage der Originalbankgarantie an den Auftraggeber zu bestimmen, ob der Auftraggeber auf das Vadium greifen könne oder nicht. Gerade dies solle durch die Pflicht zur Vorlage des Originals bei der Angebotsöffnung vermieden werden. Die Frage der Behebbar- bzw. Unbehebbarkeit eines Mangels stelle es sich nur im Zusammenhang mit dem Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006, nämlich im Falle des Vorliegens fehlerhafter oder unvollständiger Angebote. Zwar habe der Auftraggeber aus advokatischer Vorsicht die Ausscheidensentscheidung auch auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, leg. cit. gestützt, jedoch weiters auch auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, leg. cit., wonach Angebote, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt, auszuschneiden seien. Zwar sei ein Angebot, dessen Vadiumsnachweis bei Angebotsöffnung fehle auch ein "fehlerhaftes oder unvollständiges" Angebot im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, leg. cit., der Gesetzgeber habe jedoch für den Fall des fehlenden Vadiumsnachweises einen eigenen Ausscheidenstatbestand im Gesetz aufgenommen, der - wollte man dem Gesetzgeber nicht die Schaffung toten Rechts unterstellen - als lex specialis zu Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, leg. cit. anzusehen sei. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, leg. cit. unterscheide gerade nicht zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln, so dass bei der Prüfung dieses Ausscheidenstatbestandes die Frage nach der Behebbar- bzw. Unbehebbarkeit eines Mangels zu unterbleiben habe. Wäre nämlich auch im Rahmen des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, leg. cit. eine derartige Prüfung notwendig, so stelle sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit dieser Norm, könnten ja dann alle unter diese Ziffer fallenden Ausscheidensgründe unter die Ziffer 7 des Paragraph 129, Absatz eins, leg. cit. subsumiert werden. Die Antragstellerin habe bereits mehrfach an vom Auftraggeber durchgeführten

Vergabeverfahren teilgenommen, wobei in diesen Ausschreibungen die wörtlich idente Formulierung bezüglich des Vadiums und dessen Nachweises verwendet worden sei. Dabei habe die Antragstellerin immer Originalbankgarantien als Nachweis des Erlages des Vadiums vorgelegt. Nur durch die Vorlage der Originalbankgarantie bei der sich verpflichtenden Bank werde diese auch (ungeprüft) Zahlung an den Auftraggeber leisten. Würde der Auftraggeber nur eine Kopie vorlegen, so könne die Bank die Zahlung verweigern. Habe der Bieter seinem Angebot nur eine Kopie der Bankgarantie beigelegt und trete er etwa nach Ablauf der Angebotsfrist von seinem Angebot zurück, wodurch dem Auftraggeber ein Schaden entstehe, so läge es in der alleinigen Dispositionsmöglichkeit des Bieters, durch Vor- oder eben Nichtvorlage der Originalbankgarantie an den Auftraggeber zu bestimmen, ob der Auftraggeber auf das Vadium greifen könne oder nicht. Gerade dies solle durch die Pflicht zur Vorlage des Originals bei der Angebotsöffnung vermieden werden.

Weiters würden die behaupteten Widersprüchlichkeiten im Wortlaut des Punktes 25 des Teils A der Ausschreibungsunterlagen nicht vorliegen.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7.5.2012, GZ N/0045-BVA/07/2012- EV6, wurde der von der Antragstellerin begehrten einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Am 31. Mai 2012 fand vor dem Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. In dieser bestätigte der Antragsteller, dass seinem Angebot lediglich eine Farbkopie der Bankgarantieerklärung, ausgestellt von der XXX, beigelegt ist. Das Original liege seit 20.4.2012 bei der Bundesrechenzentrum GmbH. Der Auftraggebervertreter erwiderte, dass das Original somit nach Angebotsöffnung und nach Übermittlung der Ausscheidensentscheidung an den Auftraggeber übermittelt und bei diesem eingelangt sei. Am 31. Mai 2012 fand vor dem Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. In dieser bestätigte der Antragsteller, dass seinem Angebot lediglich eine Farbkopie der Bankgarantieerklärung, ausgestellt von der römisch 30, beigelegt ist. Das Original liege seit 20.4.2012 bei der Bundesrechenzentrum GmbH. Der Auftraggebervertreter erwiderte, dass das Original somit nach Angebotsöffnung und nach Übermittlung der Ausscheidensentscheidung an den Auftraggeber übermittelt und bei diesem eingelangt sei.

Der Antragsteller brachte vor, dass die Formulierung der Musterbankgarantie in der Ausschreibungsunterlage keine Vorlage des Originals fordere; der Auftraggeber sei daher aufgrund dieser Bankgarantie auch berechtigt, die Bankgarantie ohne Vorlage des Originaldokumentes zu ziehen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, Rechtslage sowie Zulässigkeit des Antrages auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, Rechtslage sowie Zulässigkeit des Antrages auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.2.2012, 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 1.4.2012, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.2.2012, 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 1.4.2012, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVergG 2006 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. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG 2006 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.

Die BVergG-Novelle 2012, BGBl I Nr. 10/2012, trat am 1. April 2012 in Kraft. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde am 30. April 2012 eingeleitet. Das Vergabeverfahren wurde im Februar 2012 und damit vor Inkrafttreten der Novelle 2012 eingeleitet. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Da das gegenständliche Rechtsschutzverfahren jedoch erst nach dem 1.4.2012 beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht wurde, sind auf das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 (BVergG) anzuwenden. Die BVergG-Novelle 2012, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, trat am 1. April 2012 in Kraft. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde am 30. April 2012 eingeleitet. Das Vergabeverfahren wurde im Februar 2012 und damit vor Inkrafttreten der Novelle 2012 eingeleitet. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Da das gegenständliche Rechtsschutzverfahren jedoch erst nach dem 1.4.2012 beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht wurde, sind auf das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG) anzuwenden.

Die im Anhang V des BVergG genannte Bundesrechenzentrum GmbH ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Die im Anhang römisch fünf des BVergG genannte Bundesrechenzentrum GmbH ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

Nach Angaben des Auftraggebers ist der gegenständliche Auftrag als Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 72263000, 72316000, 72266000) zu qualifizieren. Der dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Laut Stellungnahme des Auftraggebers befindet sich das Vergabeverfahren im Stadium nach der Angebotsöffnung, jedoch vor der Bekanntgabe, mit welchen Vertragspartnern die Rahmenvereinbarungen abgeschlossen werden sollen.

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

Zu Spruchpunkt I.: Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Gemäß § 85 Abs. 1 BVergG 2006 sind das Vadium, die Kautions, der Deckungsrücklass und der Haftungsrücklass Arten der Sicherstellung. Nach der Legaldefinition des § 2 Z 32 lit. a BVergG 2006 ist das Vadium eine Sicherstellung für den Fall, dass der Bieter während der Zuschlagsfrist von seinem Angebot zurücktritt oder nach Ablauf der Angebotsfrist behebbare wesentliche Mängel trotz Aufforderung des Auftraggebers schuldhaft nicht behebt. Nach den Gesetzesmaterialien soll mit letzterem Verfallsgrund das Problem beseitigt werden, dass Bieter (ohne Verlust des Vadiums) aktiv nach Angebotsöffnung entscheiden können, ob ihr Angebot im Wettbewerb verbleiben soll oder nicht. Möchte sohin der Auftraggeber für die vorbezeichneten Fälle eine Sicherstellung, so darf er in den Ausschreibungsunterlagen ausschließlich ein Vadium fordern. § 85 Abs. 2 BVergG 2006 sieht vor, welches Mittel zur Sicherstellung vom Auftraggeber verlangt werden darf. Wird ein Mittel zur Sicherstellung verlangt, ist gemäß § 85 Abs. 2 leg. cit. in den Ausschreibungsunterlagen vom Auftraggeber als ein derartiges Mittel eine Bankgarantie festzulegen. Diese Bankgarantie kann jedoch nach Wahl des zur Sicherstellung Verpflichteten durch eine entsprechende Rücklassversicherung oder durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden. Bedient sich somit ein Auftraggeber der Sicherstellungsart "Vadium", so hat er zwingend gemäß § 85 Abs. 2 BVergG 2006 als Mittel zur Sicherstellung eine Bankgarantie festzulegen. Darf als Mittel zur Sicherstellung vom Auftraggeber einzig die Bankgarantie festgelegt werden, so hat der Nachweis über den Erlag des Vadiums gemäß § 86 leg. cit. logischerweise auch mittels dieser Bankgarantie zu erfolgen, sofern der Bieter nicht von seinem in § 85 Abs. 2 leg. cit. genannten Wahlrecht Gebrauch macht. Der erkennende Senat kann somit dem Einwand der Antragstellerin, der Auftraggeber habe etwas Unmögliches verlangt, nicht folgen. Gemäß Paragraph 85, Absatz eins, BVergG 2006 sind das Vadium, die Kautions, der Deckungsrücklass und der Haftungsrücklass Arten der Sicherstellung. Nach der Legaldefinition des Paragraph 2, Ziffer 32, Litera a, BVergG 2006 ist das Vadium eine Sicherstellung für den Fall, dass der Bieter während der Zuschlagsfrist von seinem Angebot zurücktritt oder nach Ablauf der Angebotsfrist behebbare wesentliche Mängel trotz Aufforderung des Auftraggebers schuldhaft nicht behebt. Nach den Gesetzesmaterialien soll mit letzterem Verfallsgrund das Problem beseitigt werden, dass Bieter (ohne Verlust des Vadiums) aktiv nach Angebotsöffnung entscheiden können, ob ihr Angebot im Wettbewerb verbleiben soll oder nicht. Möchte sohin der Auftraggeber für die vorbezeichneten Fälle eine Sicherstellung, so darf er in den Ausschreibungsunterlagen ausschließlich ein Vadium

fordern. Paragraph 85, Absatz 2, BVergG 2006 sieht vor, welches Mittel zur Sicherstellung vom Auftraggeber verlangt werden darf. Wird ein Mittel zur Sicherstellung verlangt, ist gemäß Paragraph 85, Absatz 2, leg. cit. in den Ausschreibungsunterlagen vom Auftraggeber als ein derartiges Mittel eine Bankgarantie festzulegen. Diese Bankgarantie kann jedoch nach Wahl des zur Sicherstellung Verpflichteten durch eine entsprechende Rückklassversicherung oder durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden. Bedient sich somit ein Auftraggeber der Sicherstellungsart "Vadium", so hat er zwingend gemäß Paragraph 85, Absatz 2, BVergG 2006 als Mittel zur Sicherstellung eine Bankgarantie festzulegen. Darf als Mittel zur Sicherstellung vom Auftraggeber einzig die Bankgarantie festgelegt werden, so hat der Nachweis über den Erlag des Vadiums gemäß Paragraph 86, leg.cit. logischerweise auch mittels dieser Bankgarantie zu erfolgen, sofern der Bieter nicht von seinem in Paragraph 85, Absatz 2, leg. cit. genannten Wahlrecht Gebrauch macht. Der erkennende Senat kann somit dem Einwand der Antragstellerin, der Auftraggeber habe etwas Unmögliches verlangt, nicht folgen.

§ 129 Abs. 1 BVergG 2006 lautet: Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 2006 lautet:

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. 5.Ziffer 5
Angebote, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt;

2. 6.Ziffer 6
(...)

3. 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;

(...).

Es steht dem Auftraggeber frei, von den Bietern eine Sicherstellung in Form eines Vadiums (§ 2 Z 32 lit a) zu verlangen. Verlangt der Auftraggeber dies, so muss er nach § 86 dritter Satz in der Ausschreibung vorsehen, dass dem Angebot der Nachweis über den Erlag eines Vadiums beizulegen ist. Diesfalls ist der Bieter (auch) nach § 108 Abs.1 Z 3 verpflichtet, seinem Angebot den Nachweis des Vadiums beizulegen. Es steht dem Auftraggeber frei, von den Bietern eine Sicherstellung in Form eines Vadiums (Paragraph 2, Ziffer 32, Litera a,) zu verlangen. Verlangt der Auftraggeber dies, so muss er nach Paragraph 86, dritter Satz in der Ausschreibung vorsehen, dass dem Angebot der Nachweis über den Erlag eines Vadiums beizulegen ist. Diesfalls ist der Bieter (auch) nach Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 3, verpflichtet, seinem Angebot den Nachweis des Vadiums beizulegen.

Gleichzeitig muss der Auftraggeber nach § 86 dritter Satz in der Ausschreibung auch vorschreiben, dass das Fehlen eines Nachweises eines Vadiums einen unbehebaren Mangel darstellt. Tut der Auftraggeber dies, so ist die Ausscheidung eines Angebotes ohne Nachweis eines solchen Vadiums ohne weiteres Mängelbehebungsverfahren geboten. Dies gilt nach dem klaren Wortlaut auch für den Fall, dass der Bieter zwar ein Vadium eingeholt hat (zB eine Bankgarantie beauftragt hat), aber seinem Angebot den Nachweis dieses Vadiums nicht beigelegt hat. Gleichzeitig muss der Auftraggeber nach Paragraph 86, dritter Satz in der Ausschreibung auch vorschreiben, dass das Fehlen eines Nachweises eines Vadiums einen unbehebaren Mangel darstellt. Tut der Auftraggeber dies, so ist die Ausscheidung eines Angebotes ohne Nachweis eines solchen Vadiums ohne weiteres Mängelbehebungsverfahren geboten. Dies gilt nach dem klaren Wortlaut auch für den Fall, dass der Bieter zwar ein Vadium eingeholt hat (zB eine Bankgarantie beauftragt hat), aber seinem Angebot den Nachweis dieses Vadiums nicht beigelegt hat.

(...)

Ein Angebot ohne Nachweis eines Vadiums ist daher nur dann sofort (ohne weitere Aufforderung zur Mängelbehebung) auszuschneiden, wenn der Auftraggeber in Entsprechung des § 86 sowohl die Pflicht zur Vorlage des

Nachweises im Angebot fordert als auch festlegt, dass ein Fehlen im Angebot ein unbehebbarer Mangel ist (vgl. M. Öhler/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 129 Rz 54ff). Ein Angebot ohne Nachweis eines Vadiums ist daher nur dann sofort (ohne weitere Aufforderung zur Mängelbehebung) auszuschneiden, wenn der Auftraggeber in Entsprechung des Paragraph 86, sowohl die Pflicht zur Vorlage des Nachweises im Angebot fordert als auch festlegt, dass ein Fehlen im Angebot ein unbehebbarer Mangel ist vergleiche M. Öhler/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 129, Rz 54ff).

Punkt 25 des Teils A der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen lautet:

" 25. Vadium

Der Bieter hat mit Abgabe des Angebotes ein Vadium in Höhe von Euro 20.000 zu leisten und dem Angebot den Nachweis über den Erlag dieses Vadiums bei einem in der Europäischen Union bzw im EWR ansässigen Kreditinstitut bester Bonität in Form des Originaldokuments einer bis zum 08.10.2012 befristeten, unwiderruflichen, abstrakten Bankgarantie laut beiliegendem Muster (Teil D) beizulegen.

Das Fehlen eines solchen originalen Nachweises bei Angebotsöffnung stellt einen unbehebbarer Mangel dar und führt zur Ausscheidung des Angebotes gemäß § 129 Abs. 1 Z 5 BVergG. Das Fehlen eines solchen originalen Nachweises bei Angebotsöffnung stellt einen unbehebbarer Mangel dar und führt zur Ausscheidung des Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG.

Das Vadium dient als Sicherstellung für den Fall, dass der Bieter während der Zuschlagsfrist von seinem Angebot zurücktritt oder nach Ablauf der Angebotsfrist behebbare wesentliche Mängel trotz Aufforderung der Auftraggeberin schuldhaft nicht behebt. Das Vadium verfällt in diesem Fall zugunsten der Auftraggeberin.

Das Vadium wird seitens der Auftraggeberin nach Abschluss der Rahmenvereinbarung oder nach Widerruf der Ausschreibung zur Abholung bereitgestellt, sofern es nicht verfallen ist.

Das Vadium kann persönlich durch einen ausgewiesenen Bietervertreter von Montag bis Freitag zwischen 9:00 Uhr und 11:00 Uhr sowie zwischen 13:00 Uhr und 16:00 Uhr im Sekretariat der Abteilung Beschaffung & Recht, 2. Stock, Zimmer V238, Untere Viaduktgasse 2, 1030 Wien, abgeholt werden. Sollte dem Bieter eine Abholung - aus welchen Gründen auch immer - nicht möglich sein, so wird die Auftraggeberin auf dessen Verlangen das Vadium an den detailliert zu bezeichnenden Adressaten zurückstellen, wobei das Vadium diesfalls auf Gefahr des Bieters reist."

Teil D - Angebotsschreiben/Bietererklärung, Muster für Bankgarantieerklärungen sowie für eine eidesstattliche Erklärung, Punkt 01, der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"01 Folgende Unterlagen bilden einen integrierenden Bestandteil meines (unseres) Angebots:

Achtung: Vom Bieter oder vom Federführer einer Bietergemeinschaft ist die Beilagenliste vollständig auszufüllen. Die nachfolgend genannten Beilagen mit der Nr. 1 bis 13 sind dem Angebot zwingend beizulegen. Die Beilagen mit der Nr. 14 bis 31 sind je nach Sachlage beizulegen. Die Beilagen 32 bis 42 können, müssen jedoch nicht dem Angebot beigelegt werden.

Sollten die Beilagen mit der Nr. 32 bis 42 nicht dem Angebot beigelegt werden, sind diese Beilagen nach ausdrücklicher Aufforderung durch die Auftraggeberin unverzüglich beizubringen. Jede Beilage ist deutlich mit der vorgegebenen Beilagen-Nr. und der Beilagenbezeichnung zu kennzeichnen.

Beilagen	Beilagenliste	beigelegt
----------	---------------	-----------

Nr.		ja	nein
-----	--	----	------

(...)	(...)		
-------	-------	--	--

6	Vadium !! ORIGINALDOKUMENT !!		
---	-------------------------------	--	--

(siehe Teil A, Punkt 25) laut

beiliegendem Muster in Teil D

(...)	(...)		
-------	-------	--	--

"

Das Muster für BankGarantieerklärung Vadium gemäß Teil A, Punkt 25, lautet:

"Name und Aktenzeichen des Geldinstitutes

An die Bundesrechenzentrum GmbH

Abteilung Beschaffung und Recht

z. H. Herrn XXXz. H. Herrn römisch 30

Hintere Zollamtsstraße 4

1030 Wien

Betrifft: BankgarantieErklärung

1. 1.Ziffer eins

Der Bieter/Die Bietergemeinschaft hat an die

Bundesrechenzentrum GmbH, ein Angebot im Vergabeverfahren SAPDL2012. GZ6104/2-K-BE/12, gelegt.

1. 2.Ziffer 2

Zur Sicherung der Rechtsansprüche, welche der Bundesrechenzentrum GmbH aus oder im Zusammenhang mit diesem Angebot erwachsen, übernehmen wir hiermit die Haftung gegenüber der Bundesrechenzentrum GmbH bis zum Höchstbetrag von EUR 20.000,-- (in Worten: EURO zwanzigtausend), indem wir uns verpflichten, über Ihre erste schriftliche Aufforderung ohne Prüfung des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses und unter Verzicht auf die Geltendmachung von Gegenforderungen oder Einreden, unwiderruflich Zahlungen bis zur Höhe des oben genannten Betrages an Sie zu leisten. Zahlungen erfolgen innerhalb von drei Bankarbeitstagen nach Einlangen Ihrer ergehenden schriftlichen Aufforderung durch Überweisung auf ein uns bekannt zu gebendes Konto.

3. Die Garantie gilt als rechtzeitig in Anspruch genommen, wenn die

schriftliche Aufforderung spätestens am letzten Tag der Gültigkeit dieses

Bankgarantiebriefes, das ist der 08.10.2012, bei uns, [Name und

Anschrift des Bankinstitutes ist hier einzutragen], oder per Telefax,

..... [Faxnummer des Bankinstitutes ist hier einzutragen], eingelangt

ist. Erfolgt der Abruf mittels Telefax, so erfolgt die Zahlung erst mit Einlangen des Originalschreibens.

1. 4.Ziffer 4

Für alle aus dieser Garantieverpflichtung entstehenden Rechtsstreitigkeiten, die nicht kraft Gesetzes vor einen ausschließlichen Gerichtsstand gehören, gilt die ausschließliche Zuständigkeit des sachlich zuständigen Gerichtes in Wien als vereinbart. Es gilt österreichisches Recht mit Ausnahme jener Bestimmungen, die zu einer Anwendbarkeit nicht österreichischen Rechts führen würden.

.....

.....

Ort, Datum Firmenstempel, rechtsgültige Unterschrift"

Die Antragstellerin hat sich bei der Beibringung der Bankgarantieerklärung mit Ausnahme des 1. Absatzes, der lautet: "Der Bieter A***, hat an die Bundesrechenzentrum GmbH, ein Angebot im Vergabeverfahren SAPDL2012 wegen SAP Dienstleistungen, Bezeichnung SAPDL2012, Geschäftszahl: GZ6104/2-K-BE/12 gelegt.", exakt an den vom Auftraggeber vorgegebenen, mangels Anfechtung bestandfest gewordenen, Musterbankgarantieerklärungstext gehalten. Die Kopie des Sicherstellungsdokumentes der verpflichteten Bank, der XXX Aktiengesellschaft, XXX, weist als Datum den 16.3.2012 aus. Die Abweichung im 1. Absatz stellt die Entsprechung nicht in Abrede. Die Antragstellerin hat sich bei der Beibringung der Bankgarantieerklärung mit Ausnahme des 1. Absatzes, der lautet: "Der Bieter A***, hat an die Bundesrechenzentrum GmbH, ein Angebot im Vergabeverfahren SAPDL2012 wegen SAP Dienstleistungen, Bezeichnung SAPDL2012, Geschäftszahl: GZ6104/2-K-BE/12 gelegt.", exakt an den vom Auftraggeber vorgegebenen, mangels Anfechtung bestandfest gewordenen, Musterbankgarantieerklärungstext gehalten. Die Kopie des Sicherstellungsdokumentes der verpflichteten Bank, der römisch 30 Aktiengesellschaft, römisch 30, weist als Datum den 16.3.2012 aus. Die Abweichung im 1. Absatz stellt die Entsprechung nicht in Abrede.

Die Antragstellerin hat unstrittig (siehe Schriftsatz vom 30.4.2012 sowie die Ausführungen in der mündlichen Verhandlung) ihrem Angebot lediglich eine Farbkopie dieser Bankgarantieerklärung beigelegt.

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 31.10.2011, N/0091-BVA/07/2011-21, BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva.). Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (vgl. VwGH 12.5.2011, 2008/04/0087; 1.7.2010, 2006/04/0139). Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 31.10.2011, N/0091-BVA/07/2011-21, BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva.). Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen vergleiche VwGH 12.5.2011, 2008/04/0087; 1.7.2010, 2006/04/0139).

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

Nach dem klaren Wortlaut der unangefochten gebliebenen Ausschreibungsunterlage, Punkt 25, Teil A, hat der Bieter mit Abgabe des Angebotes ein Vadium in Höhe von Euro 20.000 zu leisten und dem Angebot den Nachweis über den Erlag dieses Vadiums in Form des Originaldokumentes beizulegen. Der Nachweis über den Erlag dieses Vadiums ist sohin durch Beilage eines Originaldokuments einer Bankgarantie laut Muster (Teil D) zu führen. Der Bieter musste somit dem Angebot den Nachweis über den Erlag des Vadiums mittels Originaldokument beilegen. Dies folgt unstrittig auch aus Punkt 01 des Teils D der Ausschreibungsunterlage, wonach die nachfolgend genannten Beilagen mit der Nr. 1 bis 13 dem Angebot zwingend beizulegen sind. Mit der Formulierung in Teil D, Punkt 01 der Ausschreibungsunterlage zur Beilagen-Nr. 6 "Vadium !! Originaldokument !! (siehe Teil A, Punkt 25) laut beiliegendem Muster in Teil D", hat der Auftraggeber klar und unmissverständlich festgelegt, dass die Beilage des Originaldokumentes der Bankgarantie im Angebot ein zwingendes Erfordernis darstellt. Der Auftraggeber hat somit ohne jeglichen Zweifel offen zu lassen, festgelegt, dass sich der Nachweis auf den Erlag des geforderten Vadiums zu beziehen hat, der eben in Form der Beilage des Originaldokumentes der Bankgarantie zu führen ist. Es ist daher - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - sowohl klar, was verlangt ist, nämlich die Führung des Nachweises über den Erlag des Vadiums, als auch wie dieser Nachweis zu erbringen ist, nämlich durch die Vorlage eines Originaldokumentes dieser Bankgarantie. Nach dem

allgemeinen Sprachverständnis ist unter "Beilegung eines Originaldokumentes" eben gerade nicht die Vorlage einer Kopie des Originaldokumentes zu verstehen. Der ungeachtet dessen erfolgten Argumentation der Antragstellerin, dass die Vorlage einer Kopie dieses Originaldokumentes den Ausschreibungsunterlagen entsprechen würde, entbehrt jeglicher nachvollziehbarer objektiver Grundlage und vermag der erkennende Senat dieser somit nicht zu folgen.

Weiters hat der Auftraggeber im Sinne des § 86 dritter Satz BVergG 2006 in Punkt 25, Teil A der Ausschreibungsunterlage - somit in unmittelbarem Anschluss an die Normierung des Gebotes, das Originaldokument der Bankgarantie dem Angebot beizulegen - geregelt, dass das Fehlen eines solchen originalen Nachweises bei Angebotsöffnung einen unbehebbarer Mangel darstellt und zur Ausscheidung des Angebotes gemäß § 129 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 führt. Weiters hat der Auftraggeber im Sinne des Paragraph 86, dritter Satz BVergG 2006 in Punkt 25, Teil A der Ausschreibungsunterlage - somit in unmittelbarem Anschluss an die Normierung des Gebotes, das Originaldokument der Bankgarantie dem Angebot beizulegen - geregelt, dass das Fehlen eines solchen originalen Nachweises bei Angebotsöffnung einen unbehebbarer Mangel darstellt und zur Ausscheidung des Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 führt.

Diese im Ausscheiden des Angebotes bestehende Konsequenz bezieht sich somit unmissverständlich auf den vorstehend geregelten Fall, dass das Originaldokument dem Angebot im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht beiliegen, also fehlen sollte und somit dem Auftraggeber zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vorliegt (Argument: "Das Fehlen eines solchen originalen Nachweises..."). Wollte man den 2. Absatz in Punkt 25, Teil A der Ausschreibungsunterlage losgelöst vom Gebot im 1. Absatz lesen und lediglich auf das Vorliegen einer an sich existierenden wirksam abgeschlossenen Bankgarantie im Zeitpunkt der Angebotsöffnung abstellen, ohne dass gleichzeitig das Originaldokument der Garantie dem Angebot beiliegen müsste, würde der Gebrauch der Worte "eines solchen originalen Nachweises" keinen Sinn machen.

Der Nachweis des Vadiums wird vom Bieter mit einem Original des Nachweises (z.B. mit dem Original einer Bankgarantie) zu erfolgen haben. Wird der Vadiumsnachweis nicht erlegt, so führt dies (als unbehebbarer Mangel) zwingend zum Ausscheiden, wenn die Festlegung gemäß § 86 3. Satz erfolgt ist (vgl. G. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 108 Rz 17). Der Nachweis des Vadiums wird vom Bieter mit einem Original des Nachweises (z.B. mit dem Original einer Bankgarantie) zu erfolgen haben. Wird der Vadiumsnachweis nicht erlegt, so führt dies (als unbehebbarer Mangel) zwingend zum Ausscheiden, wenn die Festlegung gemäß Paragraph 86, 3. Satz erfolgt ist vergleiche G. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 108, Rz 17).

Die Antragstellerin hatte aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C- 448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008- 24; 11.1.2008; N/0112-BVA/14/2007-20; u.a.] davon auszugehen, dass im Falle der Nichtvorlage der gemäß den Ausschreibungsbestimmungen "als zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlage Beilage Nr. 6 "Vadium !! Originaldokument !! - bereits mit dem Angebot, das betroffene Angebot vom Auftraggeber auszuschneiden ist. Für die Anwendung der Zweifelsregelung von § 915 ABGB bleibt schon deshalb kein Raum. Die Antragstellerin hatte aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C- 448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008- 24; 11.1.2008; N/0112-BVA/14/2007-20; u.a.] davon auszugehen, dass im Falle der Nichtvorlage der gemäß den Ausschreibungsbestimmungen "als zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlage Beilage Nr. 6 "Vadium !! Originaldokument !! - bereits mit dem Angebot, das betroffene Angebot vom Auftraggeber auszuschneiden ist. Für die Anwendung der Zweifelsregelung von Paragraph 915, ABGB bleibt schon deshalb kein Raum.

Selbst wenn der im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vorliegende Nachweis über die Sicherstellung grundsätzlich als behebbbarer Mangel zu qualifizieren sein sollte, so hat der Auftraggeber in der gegenständlichen Ausschreibung die Nichtvorlage eines originalen Nachweises über den Erlag dieses Vadiums (Arg.: "eines solchen originalen Nachweises") bei Angebotsöffnung jedenfalls bestandfest zum unbehebbarer Mangel erklärt (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 7.11.2005, 2003/04/0135). Der Auftraggeber hat den Mangel in der Ausschreibung damit jedenfalls bestandfest zu einem Mangel erklärt, der keiner Verbesserung zugänglich ist, sodass ein mit einem solchen Mangel behaftetes Angebot (sofort) zwingend auszuschneiden ist. Der Ausschreibung widersprechende Angebote sind einer Verbesserung grundsätzlich nicht zugänglich. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der von der Antragstellerin angeführten Entscheidung des BVA vom 31.1.2008, N/0107-BVA/14/2007-60, ein völlig anderer Sachverhalt zu Grunde

lag. Selbst wenn der im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vorliegende Nachweis über die Sicherstellung grundsätzlich als behebbarer Mangel zu qualifizieren sein sollte, so hat der Auftraggeber in der gegenständlichen Ausschreibung die Nichtvorlage eines originalen Nachweises über den Erlag dieses Vadiums (Arg.: "eines solchen originalen Nachweises") bei Angebotsöffnung jedenfalls bestandfest zum unbehebbareren Mangel erklärt vergleiche VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 7.11.2005, 2003/04/0135). Der Auftraggeber hat den Mangel in der Ausschreibung damit jedenfalls bestandfest zu einem Mangel erklärt, der keiner Verbesserung zugänglich ist, sodass ein mit einem solchen Mangel behaftetes Angebot (sofort) zwingend auszuschneiden ist. Der Ausschreibung widersprechende Angebote sind einer Verbesserung grundsätzlich nicht zugänglich. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der von der Antragstellerin angeführten Entscheidung des BVA vom 31.1.2008, N/0107-BVA/14/2007-60, ein völlig anderer Sachverhalt zu Grunde lag.

Da dem Angebot der Antragstellerin als Beilage 6 der Nachweis über den Erlag des geforderten Vadiums lediglich in Form einer Farbkopie der Bankgarantie anstelle des geforderten Originaldokuments beigelegt war, somit der originale Nachweis über den Erlag des geforderten Vadiums dem Angebot nicht beigelegt und daher zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung dem Auftraggeber ausschreibungswidriger Weise nicht vorgelegen ist, stellt das Angebot der Antragstellerin ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot iSd § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 dar. Da der Auftraggeber sowohl den Nachweis über den Erlag des Vadiums durch die Beilage eines Originaldokumentes der Bankgarantie im Angebot gefordert als auch festgelegt hat, dass, sollte dieses Originaldokument dem Angebot im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht beiliegen, dies einen unbehebbareren Mangel darstellt, war das Angebot der Antragstellerin, dem lediglich eine Farbkopie der Bankgarantie beigelegt ist, und somit der Nachweis über den Vadiumserlag nicht in der in der Ausschreibung geforderten Art erbracht wurde, auch gemäß § 129 Abs. 1 Z 5 leg.cit. auszuschneiden. Da dem Angebot der Antragstellerin als Beilage 6 der Nachweis über den Erlag des geforderten Vadiums lediglich in Form einer Farbkopie der Bankgarantie anstelle des geforderten Originaldokuments beigelegt war, somit der originale Nachweis über den Erlag des geforderten Vadiums dem Angebot nicht beigelegt und daher zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung dem Auftraggeber ausschreibungswidriger Weise nicht vorgelegen ist, stellt das Angebot der Antragstellerin ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 dar. Da der Auftraggeber sowohl den Nachweis über den Erlag des Vadiums durch die Beilage eines Originaldokumentes der Bankgarantie im Angebot gefordert als auch festgelegt hat, dass, sollte dieses Originaldokument dem Angebot im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht beiliegen, dies einen unbehebbareren Mangel darstellt, war das Angebot der Antragstellerin, dem lediglich eine Farbkopie der Bankgarantie beigelegt ist, und somit der Nachweis über den Vadiumserlag nicht in der in der Ausschreibung geforderten Art erbracht wurde, auch gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, leg.cit. auszuschneiden.

Die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 19.4.2012 stützt sich auf § 129 Abs. 1 Z 5 und Z 7 BVergG 2006 und erfolgte somit im Ergebnis jedenfalls zu Recht. Die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 19.4.2012 stützt sich auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5 und Ziffer 7, BVergG 2006 und erfolgte somit im Ergebnis jedenfalls zu Recht.

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

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

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

Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt I. ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen. Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch eins. ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

24.08.2012

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