

TE Verg Bescheid 2012/3/6 N/0089-BVA/08/2006-141

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.03.2012

Norm

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §123 Abs2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §331 Abs1

BVergG 2006 §331 Abs4

BVergG 2006 §345

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

1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012

4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008

7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 303 BVergG 2006 durch Senat 8 (Senatsvorsitzender OR Mag Reinhard Grasböck, Beisitzer der Auftraggeberseite MR Dr Friedrich Resel, Beisitzer der Auftragnehmerseite Mag Alexander Piekniczek) betreffend die (öffentliche) Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft mbH und deren Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "8010 Graz, Mozartgasse 14; ZMB - Zentrum für molekulare Biowissenschaften - IVC-Tierhaltesystem und Zubehör", (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im ABl vom 7.7.2006, 2006/S 127- 135403) hinsichtlich der durch Antragstellerin A*** im fortgesetzten Verfahren gemäß § 331 Abs 4 BVergG 2006 nach Bescheidaufhebung durch den VwGH zu ZI 2007/04/0012 nunmehr vorgetragenen (Eventual-) Feststellungsbegehren und betreffend die nach Bescheidaufhebung durch den VwGH zu ZI 2007/04/0012 wieder offenen Pauschalgebührenersatzbegehren aus dem Nachprüfungsverfahren N/0089- BVA/08/2006 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 303, BVergG 2006 durch Senat 8 (Senatsvorsitzender OR Mag Reinhard Grasböck, Beisitzer der Auftraggeberseite MR Dr Friedrich Resel, Beisitzer der Auftragnehmerseite Mag Alexander Piekniczek) betreffend die (öffentliche) Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft mbH und deren Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "8010 Graz, Mozartgasse 14; ZMB - Zentrum für molekulare Biowissenschaften - IVC-Tierhaltesystem und Zubehör", (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im Amtsblatt vom 7.7.2006, 2006/S 127- 135403) hinsichtlich der durch Antragstellerin A*** im fortgesetzten Verfahren gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 nach Bescheidaufhebung durch den VwGH zu ZI 2007/04/0012 nunmehr vorgetragenen (Eventual-) Feststellungsbegehren und betreffend die nach Bescheidaufhebung durch den VwGH zu ZI 2007/04/0012 wieder offenen Pauschalgebührenersatzbegehren aus dem Nachprüfungsverfahren N/0089- BVA/08/2006 wie folgt entschieden:

Spruch

I. Das am 22.6.2011 mit der Eingabe, lfd Nr 1 zu F/0010-BVA/08/2011, gestellte Feststellungsbegehren der Antragstellerin, römisch eins. Das am 22.6.2011 mit der Eingabe, lfd Nr 1 zu F/0010-BVA/08/2011, gestellte Feststellungsbegehren der Antragstellerin,

das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes insbesondere gegen das Bundesvergabegesetz nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde,

und die am 7.7.2011 im Rahmen einer Ergänzung des Fortführungsantrags vom 22.6.2011, mit der lfd Nr 18 zu F/0010-BVA/08/2011 formulierten (Eventual-) Feststellungsbegehren,

1. a. Litera a

das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde

- -Strichaufzählung
in eventu -

1. b. Litera b

das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der

Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde,

werden insgesamt zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 331 Abs 1 BVergG 2006 idFBGBl I 2006/17; § 345 BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15
Rechtsgrundlage: Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2006/17; Paragraph 345, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15

II. Die Anträge vom 25.10.2006, protokolliert beim Bundesvergabeamt zur Geschäftszahl N/0089-BVA/08/2006, gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren betreffend die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren, werden römisch zwei. Die Anträge vom 25.10.2006, protokolliert beim Bundesvergabeamt zur Geschäftszahl N/0089-BVA/08/2006, gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren betreffend die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren, werden

abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 303 und 319 BVergG 2006 BGBl I 17/2006; § 345 BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 303 und 319 BVergG 2006 Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006;; Paragraph 345, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Sachverhalt samt Parteienvorbringen und Verfahrensgang:

1.1. Die Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft mbH (= BIG) leitete Ende Juni 2006 ein Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "8010 Graz, Mozartgasse 14, ZMB - Zentrum für molekulare Biowissenschaften - IVC-Tierhaltesystem und Zubehör" ein.

Beim Bundesvergabeamt wurde zu N/0089-BVA/08/2006 ein Nachprüfungsverfahren betreffend eine Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung zu Lasten der Antragstellerin A*** durchgeführt, wobei den Nichtigerklärungsbegehren dieser Antragstellerin samt den Pauschalgebührenersatzbegehren mit Bescheid vom 6.12.2006 keine Folge gegeben wurde.

1.2. Die Antragstellerin focht den abweislichen Bescheid vom 6.12.2006 beim VwGH zu Z2007/04/0012 an.

1.3. Die Auftraggeberin BIG erteilte - unstrittig - im Jänner 2007 den Zuschlag.

1.4. Der VwGH hob den Bescheid des Bundesvergabeamts vom Dezember 2006 mit einem am 10.6.2011 an das BVA zustellten Erkenntnis zu ZI 2007/04/0012 wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit auf.

1.5. Die Antragstellerin formulierte danach auf § 331 Abs 4 BVergG 2006 gestützte Feststellungsbegehren, wie im Spruch ersichtlich. 1.5. Die Antragstellerin formulierte danach auf Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 gestützte Feststellungsbegehren, wie im Spruch ersichtlich.

1.6. Die Auftraggeberin stellte nach Erkenntniszustellung beim VwGH einen auf § 45 Abs 1 Z 4 VwGG gestützten Antrag auf Wiederaufnahme des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu ZI 2007/04/0012. Dieser Wiederaufnahmsantrag wurde vom VwGH mit einem am 27.10.2011 an das BVA übermittelten Beschluss zu ZI 2011/04/0125 abgewiesen, nachdem das BVA zuvor am 17.8.2011 das Verfahren gemäß § 331 Abs 4 BVergG 2006 für die Dauer des Wiederaufnahmeverfahrens zu ZI 2011/04/0125 mit dem Bescheid F/0010-BVA/08/2011- 34 ausgesetzt hatte. 1.6. Die Auftraggeberin stellte nach Erkenntniszustellung beim VwGH einen auf Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, VwGG gestützten Antrag auf Wiederaufnahme des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu ZI 2007/04/0012. Dieser Wiederaufnahmsantrag wurde vom VwGH mit einem am 27.10.2011 an das BVA übermittelten Beschluss zu ZI 2011/04/0125 abgewiesen, nachdem das BVA zuvor am 17.8.2011 das Verfahren gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 für die Dauer des Wiederaufnahmeverfahrens zu ZI 2011/04/0125 mit dem Bescheid F/0010-BVA/08/2011- 34 ausgesetzt hatte.

1.7. Im Fortsetzungsverfahren gemäß § 331 Abs 4 BVergG 2006 ist folgender Sachverhalt festzustellen bzw folgender Verfahrensgang aufzuzeigen: 1.7. Im Fortsetzungsverfahren gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 ist folgender Sachverhalt festzustellen bzw folgender Verfahrensgang aufzuzeigen:

1.7.1. Die BIG hat mit dem 2006 eingeleiteten Vergabeverfahren letztlich 2007 IVC - Tierhaltesysteme für Tierversuche mit Mäusen, Ratten und Kaninchen beschafft.

Die Ausschreibung aus 2006 war teilweise funktional gestaltet. Derart finden sich ab Seite 57 der Ausschreibungsunterlage im dortigen Leistungsverzeichnis (= LV) Abfragen bzw Mindestanforderungen zur IVC - Gebläse - einheit, die zur Luftversorgung der IVC - Gestelle dient. Auf den IVC - Gestellen sind die jeweiligen Tierhaltekäfige angebracht, die mit der IVC - Gebläse - Einheit durchlüftet werden (sollen). Die Gebläseeinheit bewirkt also die Durchlüftung der im Betrieb von der Umgebungsluft abgeschotteten Käfige der Versuchstiere.

Auf der Seite 60 des LV befindet sich die Abfrage "Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung".

Unter einer solchen "Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung" versteht man eine Prüfung des IVC - Tierhaltesystems dahin, ob die jeweils eingestellte Luftwechselrate pro Zeiteinheit bei in bestimmter Anzahl am IVC - Gestell angesteckten Tierversuchskäfigen und weiters der jeweils eingestellte Überdruckbetrieb oder Unterdruckbetrieb in den jeweiligen Tierkäfigen auch tatsächlich zu der eingestellten Luftwechselrate und dem eingestellten Über- oder Unterdruckbetrieb führt - siehe die Vergabeunterlagen und zusätzlich auch die Aussagen des Herrn R*** vom seinerzeit beauftragten Angebotsprüfer und Aussage des das Angebot der Antragstellerin 2006 als Prokurist fertigenden Herrn A*** W*** in der Verhandlung am 3.2.2012, Seite 4.

1.7.2. Im Angebot der Antragstellerin ist die Abfrage zur angebotenen IVC - Gebläseeinheit "Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung" im ausgefüllten LV mit Ja angekreuzt.

Die daran anschließende Abfrage, wie die im Angebot bejahte Konfigurationsprüfung beim System der Antragstellerin funktioniert, hat die Antragstellerin iSd diesbezüglich funktionalen Ausschreibung bei ihrem Angebotsprodukt wie folgt beschrieben:

Messkäfig, Messmethode, in situ. Im Untermenü welches durch ein separates Passwort geschützt ist, können die aktuellen Konfigurationen gelesen u. ggf. verändert werden.

1.7.3. Die Bemusterung der Systemkomponenten laut Seite 34 der Ausschreibungsunterlage fand bei der Antragstellerin am 16.8.2006 statt. In einem mit 14.8.2006 datierten Schreiben namens der Antragstellerin wird mit Bezug zur Bemusterung wie folgt ausgeführt:

... Weiterer Vorteil unseres Bio A.S. System sehen wir im Einsatz eines

elektronischen Messkäfiges Der ortsunabhängig und an jeder Position des Gestelles eingesetzt werden kann. Somit verfügt jeder Nutzer jeder Zeit über ein Kontroll- und Monitoringsystem unabhängig von der Regeleinheit für die Anlage.

...

Dieses Schreiben ist in einem Ordner der Vergabeunterlagen abgelegt, der insb auch eine Beschreibung von Messkäfigen bzw eine Bedienungsanweisung "Bio.A.S. Vent II" enthält.

1.7.4. Namens der Antragstellerin wurde bei der Teststellung am 16.8.2006 und in einem e-mail vom 18.8.2006 darauf hingewiesen, dass der bzw die verschiedenen zur Konfigurationsprüfung notwendigen Messkäfige nicht Angebotsinhalt wären. Laut diesen Unterlagen und insb diesem mail vom 18.8.2006, beigeschlossen zB dem Telefax vom 18.1.2012, lfd Nr 103 aus dem Akt F/0010-BVA/08/2011, wären diese Messkäfige im LV nicht ausgeschrieben worden. Die Messkäfige wären jederzeit lieferbar, falls man solche einsetzen möchte.

1.7.5. Die BIG schied die Antragstellerin am 11.10.2006 formell mit deren Angebot aus dem Vergabeverfahren aus, ohne im Text dieser Ausscheidensentscheidung die herangezogenen Ausscheidenstatsachen anzugeben. Über eine iSd Art 41 Abs 2 RL 2004/18/EG interpretierbare Rückfrage der Antragstellerin begründete die BIG das Ausscheiden mit einem mail vom 13.10.2006 ua wie folgt: 1.7.5. Die BIG schied die Antragstellerin am 11.10.2006 formell mit deren

Angebot aus dem Vergabeverfahren aus, ohne im Text dieser Ausscheidensentscheidung die herangezogenen Ausscheidenstatsachen anzugeben. Über eine iSd Artikel 41, Absatz 2, RL 2004/18/EG interpretierbare Rückfrage der Antragstellerin begründete die BIG das Ausscheiden mit einem mail vom 13.10.2006 ua wie folgt:

[...]

Nicht erfüllte grundlegende technische Anforderungen

...

- Messkäfige wurden nicht angeboten. Diese sind jedoch bei Konfigurationsänderungen als Nachweis der tatsächlichen Luftverhältnisse in den Käfigen zwingend erforderlich.

Angebot fehlerhaft, folgende Punkte wurden im LV falsch angegeben:

...

Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung (nicht vorhanden, Verweis auf Messkäfig)

[...]

1.7.6. Das BVA hielt der Antragstellerin unter Beachtung der Ausführungen des VwGH zu Zlen2007/04/0012 und 2011/04/0125 am 17.1.2012 und insoweit am 18.1.2012 insb im Bereich einer Seitenzahlangebe korrigiert mit den lfd Nri 100 und 103 iSv EuGH C-249/01 einige Ausscheidensgründe und insb den hier spruchtragenden Grund vor wie folgt:

[...] Antragstellerin wird iSv VwGH Zlen2007/04/0012 und 2011/04/0043 darauf hingewiesen dass das Bundesvergabeamt beabsichtigt, folgend näher dargestellte Sachverhalte als aus der Aktenlage ersichtliche, zu Lasten der Antragstellerin vorliegende Ausscheidensgründe heranzuziehen, um damit entweder den Schaden bzw die Antragslegitimation der Antragstellerin nach §§ 320 Abs 1 bzw 331 Abs 1 BVergG 2006 stF zu verneinen oder aber dem Feststellungsantrag/den vorgetragenen Feststellungsbegehren insbesondere gemäß § 334 BVergG 2006 sonst keine Folge zu geben, weil die Antragstellerin als im Ergebnis zu Recht ausgeschiedene Bieterin iSd Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ohnehin nicht erfolgreich gegen die gleichzeitig angefochtene Zuschlagsentscheidung vorgehen konnte. Sohin nachstehende Vorhalte:[...] Antragstellerin wird iSv VwGH Zlen2007/04/0012 und 2011/04/0043 darauf hingewiesen dass das Bundesvergabeamt beabsichtigt, folgend näher dargestellte Sachverhalte als aus der Aktenlage ersichtliche, zu Lasten der Antragstellerin vorliegende Ausscheidensgründe heranzuziehen, um damit entweder den Schaden bzw die Antragslegitimation der Antragstellerin nach Paragraphen 320, Absatz eins, bzw 331 Absatz eins, BVergG 2006 stF zu verneinen oder aber dem Feststellungsantrag/den vorgetragenen Feststellungsbegehren insbesondere gemäß Paragraph 334, BVergG 2006 sonst keine Folge zu geben, weil die Antragstellerin als im Ergebnis zu Recht ausgeschiedene Bieterin iSd Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ohnehin nicht erfolgreich gegen die gleichzeitig angefochtene Zuschlagsentscheidung vorgehen konnte. Sohin nachstehende Vorhalte:

2.1. Nach dem Wortlaut des § 39 Abs 3 AVG und rechtsvergleichend nach OGH 12.10.1973, 9Os 85/73 uva können weitere Feststellungen unterbleiben, wenn die alternativ entweder/oder vorliegenden Tatsachen jeweils zu gleichen Rechtsfolgen führen. 2.1. Nach dem Wortlaut des Paragraph 39, Absatz 3, AVG und rechtsvergleichend nach OGH 12.10.1973, 9Os 85/73 uva können weitere Feststellungen unterbleiben, wenn die alternativ entweder/oder vorliegenden Tatsachen jeweils zu gleichen Rechtsfolgen führen.

Die Antragstellerin hat vor dem Hintergrund der beginnend mit Seite 57 des Leistungsverzeichnisses formulierten Mindestanforderungen auf Seite 60 ihres LV bejaht, dass bei ihrem Angebot eine Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung möglich ist, wobei sie dazu auf einen Messkäfig verwiesen hat. In ihrem Schreiben vom 14.8.2006 hat sie zwecks Vorbereitung ihrer Bemusterung auf die Vorteile ihres Produkts iZm einem jederzeit einsetzbaren Kontroll- und Monitoring - System iZm ihrem Messkäfig verwiesen.

Bei der Teststellung bzw im bekannten e-mail namens der Antragstellerin vom 18.8.2006 hat die Antragstellerin jedoch darauf hingewiesen, dass ein Messkäfig nicht angeboten, sondern nur gegen Zusatzentgelt lieferbar wäre.

Da das Angebot der Antragstellerin für eine objektiv redliche Auftraggeberin als Erklärungsempfängerin 2006 rücksichtlich der funktionalen Ausschreibung mit Mindestanforderungen ab Seite 57 des Leistungsverzeichnisses rücksichtlich der bejahten Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung nur dahin verstanden werden konnte, dass

der Nutzer je nach Käfigkonfiguration die ausschreibungsrelevanten Luftverhältnisse in den jeweiligen Käfigen prüfen könnte bzw können musste,

hat die Antragstellerin - iS einer ersten Variante der Wahlfeststellung - nachträglich ihr ursprüngliches Angebot im offenen Verfahren unzulässig geändert bzw zu ändern versucht, wenn sie die Messkäfige als vom Angebot umfasst verneint. Sie hat dadurch versucht, durch nachträgliche Einschränkung ihres Leistungsumfangs die Basis für eine Zusatzforderung für benötigte Messkäfige zu schaffen.

Da sich sohin die Auftraggeberin nicht auf die Antragstellerin mit deren Angebotserklärung verlassen konnte, erscheint die Antragstellerin unzuverlässig iSd § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, zumal insoweit objektiv das Vertrauen in einen künftigen Vertragspartner entfällt, der bereits vor Vertragsabschluss durch nachträgliche Angebotsänderung die Grundlage für Nachforderungen zur Erreichung der ausgeschriebenen Funktionalitäten schaffen will; und die Auftraggeberin sohin bereits vor Vertragsabschluss vor die Tatsache stellt, dass sie die ausgeschriebenen Funktionalitäten wahrscheinlich mit Leistungsklage einfordern wird müssen. Potentielle Vertragspartner, die bereits vor Vertragsabschluss dartun, dass sie sich nicht an ihre bindende Angebotserklärung rücksichtlich einer funktionalen Ausschreibung halten wollen, sind rechtlich unzuverlässig, deren Angebot ist sohin vor Vertragsabschluss/Zuschlag auszuschneiden. Wertet man das bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens aufrechte Angebot der Antragstellerin iS einer Alternativfeststellung allerdings dahin, dass letztendlich trotz der präkludierten Ausschreibung keine Messkäfige angeboten gewesen sind, ist das Angebot der Antragstellerin mangels Erfüllung der Mindestanforderung "Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung" unbehebbar mangelhaft, unvollständig, ausschreibungswidrig und fehlerhaft iSd § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006. Da sich sohin die Auftraggeberin nicht auf die Antragstellerin mit deren Angebotserklärung verlassen konnte, erscheint die Antragstellerin unzuverlässig iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, zumal insoweit objektiv das Vertrauen in einen künftigen Vertragspartner entfällt, der bereits vor Vertragsabschluss durch nachträgliche Angebotsänderung die Grundlage für Nachforderungen zur Erreichung der ausgeschriebenen Funktionalitäten schaffen will; und die Auftraggeberin sohin bereits vor Vertragsabschluss vor die Tatsache stellt, dass sie die ausgeschriebenen Funktionalitäten wahrscheinlich mit Leistungsklage einfordern wird müssen. Potentielle Vertragspartner, die bereits vor Vertragsabschluss dartun, dass sie sich nicht an ihre bindende Angebotserklärung rücksichtlich einer funktionalen Ausschreibung halten wollen, sind rechtlich unzuverlässig, deren Angebot ist sohin vor Vertragsabschluss/Zuschlag auszuschneiden. Wertet man das bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens aufrechte Angebot der Antragstellerin iS einer Alternativfeststellung allerdings dahin, dass letztendlich trotz der präkludierten Ausschreibung keine Messkäfige angeboten gewesen sind, ist das Angebot der Antragstellerin mangels Erfüllung der Mindestanforderung "Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung" unbehebbar mangelhaft, unvollständig, ausschreibungswidrig und fehlerhaft iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006.

[Vorhalt weiterer angedachter Ausscheidensgründe etc]

1.7.7. Die Antragstellerin erschien nicht zu der für 27.1.2012 anberaumten mündlichen Verhandlung. In einem mail nicht ganz 30 Minuten vor dem vorgesehenen Verhandlungstermin teilte ihr Parteienvertreter mit, dass an der Verhandlung nicht teilgenommen würde.

Das BVA führte sohin am 27.1.2012 keine Verhandlung durch und beraumte für

3.2.202 einen neuen Verhandlungstermin an, zu dem der seinerzeitige das Angebot unterfertigende Prokurist der Antragstellerin, der mittlerweile pensionierte Herr A*** W***, formell als Zeuge geladen wurde. Herr RA Dr P*** als Rechtsvertreter der Antragstellerin teilte der Behörde am 1.2.2012 mit, dass die Antragstellerin auch am 3.2.2012 nicht an der Verhandlung teilnehmen würde, wobei die Antragstellerin in Kenntnis der Einvernahme des Herrn A*** W*** wäre.

1.7.8. Am 3.2.2012 wurde die Verhandlung in Abwesenheit der Antragstellerin durchgeführt, womit selbige ihre Rechte nach § 43 AVG und insb ihr Recht auf Stellung von Fragen an Zeugen nicht wahrnahm, siehe lfd Nr 129 aus dem Akt F/0010-BVA/08/2011. In der Verhandlung am 3.2.2012 wurde das Ermittlungsverfahren geschlossen. 1.7.8. Am 3.2.2012 wurde die Verhandlung in Abwesenheit der Antragstellerin durchgeführt, womit selbige ihre Rechte nach Paragraph 43, AVG und insb ihr Recht auf Stellung von Fragen an Zeugen nicht wahrnahm, siehe lfd Nr 129 aus dem Akt F/0010-BVA/08/2011. In der Verhandlung am 3.2.2012 wurde das Ermittlungsverfahren geschlossen.

1. 2.Ziffer 2

Beweiswürdigung

Der festgestellte spruchrelevante Sachverhalt ergibt sich aus den Verwaltungsakten zu N/0089-BVA/08/2006 und zu F/0010-BVA/08/2011; sowie aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens; auf welche teilweise ausdrücklich Bezug genommen wurde.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1. Anwendbares Recht und Senatsbesetzung

Über § 345 Abs 14 BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15 und § 345 Abs 13 BVergG 2006 idFBGBl I 2007/86 findet auf das gegenständliche Feststellungsverfahren gemäß § 331 Abs 4 BVergG 2006 das BVergG 2006 in dessen Stammfassung BGBl I 2006/17 Anwendung. Über Paragraph 345, Absatz 14, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 und Paragraph 345, Absatz 13, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 findet auf das gegenständliche Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 das BVergG 2006 in dessen Stammfassung BGBl römisch eins 2006/17 Anwendung.

Die Gesetzeskundmachung in BGBl I 2012/10, die zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung noch nicht in Kraft getreten ist, ändert an der vorstehenden Beurteilung nichts. Die Gesetzeskundmachung in BGBl römisch eins 2012/10, die zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung noch nicht in Kraft getreten ist, ändert an der vorstehenden Beurteilung nichts.

Zitate des BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich daher mangels ausdrücklicher gegenteiliger Angabe auf die Stammfassung des BVergG 2006 eben gemäß BGBl I 2006/17. Zitate des BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich daher mangels ausdrücklicher gegenteiliger Angabe auf die Stammfassung des BVergG 2006 eben gemäß BGBl römisch eins 2006/17.

Der Senat war für die vorliegende Entscheidung zur/nach der Verhandlung am 3.2.2012 unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit der diesbezüglichen Beisitzer und unter Berücksichtigung der aktuell herrschenden Behördenpraxis zu § 296 Abs 1 BVergG 2006 gemäß der ab 1.2.2006 geltenden Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts zusammenzustellen; siehe dazu insb auch die Übergangsbestimmungen der seit damals ergangenen neuen Geschäftsverteilungen des Bundesvergabeamts, wie unter www.bva.gv.at/Bundesvergabeamt kundgemacht. § 331 Abs 4 BVergG 2006 regelt nämlich die antragsgebundene Weiterführung eines Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren, was eben dazu führt, dass die Behörde bei dieser gesetzlich vorgesehenen Antragsänderung im gleichen Verfahren nunmehr über Feststellungsbegehren (und eben nicht mehr über Nichtigerklärungsbegehren) zu entscheiden hat. Der Senat war für die vorliegende Entscheidung zur/nach der Verhandlung am 3.2.2012 unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit der diesbezüglichen Beisitzer und unter Berücksichtigung der aktuell herrschenden Behördenpraxis zu Paragraph 296, Absatz eins, BVergG 2006 gemäß der ab 1.2.2006 geltenden Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts zusammenzustellen; siehe dazu insb auch die Übergangsbestimmungen der seit damals ergangenen neuen Geschäftsverteilungen des Bundesvergabeamts, wie unter www.bva.gv.at/Bundesvergabeamt kundgemacht. Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 regelt nämlich die antragsgebundene Weiterführung eines Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren, was eben dazu führt, dass die Behörde bei dieser gesetzlich vorgesehenen Antragsänderung im gleichen Verfahren nunmehr über Feststellungsbegehren (und eben nicht mehr über Nichtigerklärungsbegehren) zu entscheiden hat.

3.2. Zur Zulässigkeit mehrerer Feststellungsbegehren der Antragstellerin

Das Eventualbegehren vom 7.7.2011 erscheint im Punkte dessen Eventualität jedenfalls unstrittig zulässig. Sämtliche Feststellungsbegehren der Antragstellerin erscheinen allesamt jedenfalls ihrem Sinn nach dem Feststellungstatbestand des § 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 idF BGBl I 2006/17 zuordenbar, zumal einem Parteibegehren kein vorab aussichtsloser Inhalt zu unterstellen ist; siehe dazu insoweit ident rechtsschutzfreundlich vorgehend jedenfalls VwGH ZI 2004/04/0028. Das Eventualbegehren vom 7.7.2011 erscheint im Punkte dessen Eventualität jedenfalls unstrittig zulässig. Sämtliche Feststellungsbegehren der Antragstellerin erscheinen allesamt jedenfalls ihrem Sinn nach dem Feststellungstatbestand des Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2006/17 zuordenbar, zumal einem Parteibegehren kein vorab aussichtsloser Inhalt zu unterstellen ist; siehe dazu insoweit ident rechtsschutzfreundlich vorgehend jedenfalls VwGH ZI 2004/04/0028.

Soweit die Antragstellerin daher mehrere Begehren mit dem gleichen Rechtsschutzziel iSd § 312 BVergG 2006 vorgetragen hat, könnte sich insoweit die Frage des allfälligen Verbrauchs des Antragsrechts bzw die Frage der Streitanhängigkeit stellen. Soweit die Antragstellerin daher mehrere Begehren mit dem gleichen Rechtsschutzziel iSd Paragraph 312, BVergG 2006 vorgetragen hat, könnte sich insoweit die Frage des allfälligen Verbrauchs des Antragsrechts bzw die Frage der Streitanhängigkeit stellen.

Da aber das AVG und das BVergG 2006 keinen Unzulässigkeitsgrund der Streitanhängigkeit analog § 189 Abs 2 ZPO vorsehen; und in den für das BVA einschlägigen Rechtsgrundlagen auch das Institut des Verbrauchs des Antragsrechts analog einer Praxis iZm dem Beschwerderechtsverbrauch gemäß VWGG nicht normiert ist, war (zumindest) insoweit von der Zulässigkeit der mehreren gleichgerichteten Feststellungsbegehren der Antragstellerin auszugehen - siehe iS bereits BVA 14.12.2007, N/0114-BVA/08/2007-57 = N/0117-BVA/08/2007-42, bestätigt durch VwGH 2007/04/0232, 0233. Da aber das AVG und das BVergG 2006 keinen Unzulässigkeitsgrund der Streitanhängigkeit analog Paragraph 189, Absatz 2, ZPO vorsehen; und in den für das BVA einschlägigen Rechtsgrundlagen auch das Institut des Verbrauchs des Antragsrechts analog einer Praxis iZm dem Beschwerderechtsverbrauch gemäß VWGG nicht normiert ist, war (zumindest) insoweit von der Zulässigkeit der mehreren gleichgerichteten Feststellungsbegehren der Antragstellerin auszugehen - siehe iS bereits BVA 14.12.2007, N/0114-BVA/08/2007-57 = N/0117-BVA/08/2007-42, bestätigt durch VwGH 2007/04/0232, 0233.

Über das Eventualfeststellungsbegehren der Antragstellerin vom 7.7.2011 war abzusprechen, da das diesbezügliche primäre Ergänzungsbegehren vom 7.7.2011 - wie oben ersichtlich, zuvor zurückgewiesen wurde.

3.3. Zur fehlenden Antragslegitimation bzw zum fehlenden Schaden der Antragstellerin

3.3.1. Der VwGH hat am 12.5.2011 zu ZI2011/04/0043 zu einem Verfahren nach § 331 Abs 4 BVergG 2006 (unter Zitierung von BGBl I 2010/15) ausgeführt: 3.3.1. Der VwGH hat am 12.5.2011 zu ZI2011/04/0043 zu einem Verfahren nach Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 (unter Zitierung von BGBl römisch eins 2010/15) ausgeführt:

[...]

1. Zur Zurückweisung des Feststellungsantrages:

1.1. Die belangte Behörde hat die Zurückweisung des vorliegenden Feststellungsantrages im Wesentlichen damit begründet, der Beschwerdeführerin könne im Sinne des § 331 Abs. 1 BVergG 2006 durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sein oder zu entstehen drohen, weil ihr Angebot (gemäß § 129 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006) auszuscheiden gewesen wäre. Deshalb fehle ihr zur Stellung des vorliegenden Feststellungsantrages die Antragslegitimation. 1.1. Die belangte Behörde hat die Zurückweisung des vorliegenden Feststellungsantrages im Wesentlichen damit begründet, der Beschwerdeführerin könne im Sinne des Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sein oder zu entstehen drohen, weil ihr Angebot (gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006) auszuscheiden gewesen wäre. Deshalb fehle ihr zur Stellung des vorliegenden Feststellungsantrages die Antragslegitimation.

1.2. Die insoweit maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 in der Fassung BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG 2006), lauten: 1.2. Die insoweit maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG 2006), lauten:

"Feststellungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 331. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass Paragraph 331, (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

1. der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, ...

...

(4) Wird während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, ist das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt auf Antrag des Unternehmers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Dies gilt auch, wenn ein Bescheid des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung vom Verfassungsgerichtshof oder vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben wurde und vor der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen worden ist. ...

Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrags

§ 332. (1) Ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1, 2 oder 4 hat jedenfalls zu enthalten Paragraph 332, (1) Ein Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, 2, oder 4 hat jedenfalls zu enthalten:

...

5. Angaben über den behaupteten drohenden oder eingetretenen Schaden für den Antragsteller,

..."

1.3. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits zur Rechtslage des Bundesvergabegesetzes 2002 festgehalten hat, ist seine mittlerweile ständige zur Nachprüfung von Zuschlagsentscheidungen ergangene Rechtsprechung, wonach die Nachprüfungsbehörde befugt und bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei verpflichtet ist, bei der Beurteilung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre, auch für andere Nachprüfungsanträge maßgebend, wenn für den diesbezüglichen Antrag ein Schaden des Antragstellers Voraussetzung ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2010, Zl. 2006/04/0037, zur Nachprüfung eines Widerrufs mit Verweis auf die hg. Erkenntnisse vom 18. März 2009, Zl. 2007/04/0095, vom 27. Mai 2009, Zl. 2008/04/0041, und vom 11. November 2009, Zl. 2009/04/0240, unter Bezugnahme auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller). 1.3. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits zur Rechtslage des Bundesvergabegesetzes 2002 festgehalten hat, ist seine mittlerweile ständige zur Nachprüfung von Zuschlagsentscheidungen ergangene Rechtsprechung, wonach die Nachprüfungsbehörde befugt und bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei verpflichtet ist, bei der Beurteilung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre, auch für andere Nachprüfungsanträge maßgebend, wenn für den diesbezüglichen Antrag ein Schaden des Antragstellers Voraussetzung ist vergleiche das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2010, Zl. 2006/04/0037, zur Nachprüfung eines Widerrufs mit Verweis auf die hg. Erkenntnisse vom 18. März 2009, Zl. 2007/04/0095, vom 27. Mai 2009, Zl. 2008/04/0041, und vom 11. November 2009, Zl. 2009/04/0240, unter Bezugnahme auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller).

Vorliegend handelt es sich um einen Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs. 4 BVergG 2006 für den jedoch wie für sonstige Feststellungsanträge nach § 331 BVergG 2006 auch das Erfordernis eines durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder zu entstehen drohenden Schadens Voraussetzung ist. Dies ergibt sich bereits aus § 332 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006, wonach ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1, 2 oder 4 jedenfalls Angaben über den behaupteten drohenden oder eingetretenen Schaden für den Antragsteller zu enthalten hat. Entgegen der alten Rechtslage "kippt" das Nachprüfungsverfahren nämlich nicht ex lege in ein Feststellungsverfahren, sondern erfordert einen neuerlichen Feststellungsantrag, für den die Formvorschriften des § 332 Abs. 1 BVergG 2006 gelten (vgl. Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rz. 2085 und 2086; vgl. zur alten Rechtslage des § 175 Abs. 2 BVergG 2002 noch das hg. Erkenntnis vom 26. November 2010, Zl. 2007/04/0162, wonach gemäß dieser Bestimmung der ursprüngliche Nachprüfungsantrag ex lege lediglich in einen Feststellungsantrag modifiziert wurde). Auch im Falle eines Antrages nach § 331 Abs. 4 BVergG 2006 müssen daher die Antragsvoraussetzungen des Interesses am Vertragsabschluss sowie des eingetretenen oder drohenden Schadens vorliegen. Daher hat die belangte Behörde im

Beschwerdefall zu Recht die Frage, ob das Angebot der Beschwerdeführerin auszuscheiden gewesen wäre, im Rahmen der Antragslegitimation für den vorliegenden Feststellungsantrag beurteilt. Vorliegend handelt es sich um einen Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVerfG 2006 für den jedoch wie für sonstige Feststellungsanträge nach Paragraph 331, BVerfG 2006 auch das Erfordernis eines durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder zu entstehen drohenden Schadens Voraussetzung ist. Dies ergibt sich bereits aus Paragraph 332, Absatz eins, Ziffer 5, BVerfG 2006, wonach ein Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, 2, oder 4 jedenfalls Angaben über den behaupteten drohenden oder eingetretenen Schaden für den Antragsteller zu enthalten hat. Entgegen der alten Rechtslage "kippt" das Nachprüfungsverfahren nämlich nicht ex lege in ein Feststellungsverfahren, sondern erfordert einen neuerlichen Feststellungsantrag, für den die Formvorschriften des Paragraph 332, Absatz eins, BVerfG 2006 gelten (vergleiche Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rz. 2085 und 2086; vergleiche zur alten Rechtslage des Paragraph 175, Absatz 2, BVerfG 2002 noch das hg. Erkenntnis vom 26. November 2010, Zl. 2007/04/0162, wonach gemäß dieser Bestimmung der ursprüngliche Nachprüfungsantrag ex lege lediglich in einen Feststellungsantrag modifiziert wurde). Auch im Falle eines Antrages nach Paragraph 331, Absatz 4, BVerfG 2006 müssen daher die Antragsvoraussetzungen des Interesses am Vertragsabschluss sowie des eingetretenen oder drohenden Schadens vorliegen. Daher hat die belangte Behörde im Beschwerdefall zu Recht die Frage, ob das Angebot der Beschwerdeführerin auszuscheiden gewesen wäre, im Rahmen der Antragslegitimation für den vorliegenden Feststellungsantrag beurteilt.

[...]

3.3.2. Nach der hier grundgelegten insoweit identen Rechtslage zur Stammfassung des § 331 Abs 1 und Abs 4 BVerfG 2006 sind die Feststellungsbegehren der Antragstellerin jedenfalls dann zurückzuweisen, wenn die Antragstellerin unbeachtlich konkreter in der Ausscheidensentscheidung genannter Gründe auf Basis von aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens erkennbaren Ausscheidensgründen mit ihrem Angebot auszuscheiden gewesen wäre bzw deshalb zumindest im Ergebnis zu Recht ausgeschieden wurde; und sohin ohnehin für eine Zuschlagserteilung im konkreten Vergabeverfahren nicht in Betracht gekommen wäre - VwGH Zlen 2007/04/0012; ZI2011/04/0125 und insb auch 2007/04/0095 iVm 2009/04/0207 iVm 2009/04/0302; BVA N/0035-BVA/08/2011-77. In formeller Hinsicht ist dabei begründend klarzustellen, dass die Feststellungsbegehren der Antragstellerin deshalb zurück- und nicht abzuweisen waren, weil, wie aus der Rsp des VwGH ersichtlich, im Falle des Vorliegens von Ausscheidensgründen beim Angebot einer Antragstellerin - abseits der Frage des Vorliegens einer förmlichen Ausscheidensentscheidung - ein Nachprüfungsantrag einer solchen Antragstellerin gegen eine Zuschlagsentscheidung jedenfalls zurückzuweisen wäre - VwGH 2009/04/0302; siehe idS zB BVA 1.6.2007, N/0035- BVA/08/2011-77.3.2. Nach der hier grundgelegten insoweit identen Rechtslage zur Stammfassung des Paragraph 331, Absatz eins und Absatz 4, BVerfG 2006 sind die Feststellungsbegehren der Antragstellerin jedenfalls dann zurückzuweisen, wenn die Antragstellerin unbeachtlich konkreter in der Ausscheidensentscheidung genannter Gründe auf Basis von aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens erkennbaren Ausscheidensgründen mit ihrem Angebot auszuscheiden gewesen wäre bzw deshalb zumindest im Ergebnis zu Recht ausgeschieden wurde; und sohin ohnehin für eine Zuschlagserteilung im konkreten Vergabeverfahren nicht in Betracht gekommen wäre - VwGH Zlen 2007/04/0012; ZI2011/04/0125 und insb auch 2007/04/0095 in Verbindung mit 2009/04/0207 in Verbindung mit 2009/04/0302; BVA N/0035-BVA/08/2011-77. In formeller Hinsicht ist dabei begründend klarzustellen, dass die Feststellungsbegehren der Antragstellerin deshalb zurück- und nicht abzuweisen waren, weil, wie aus der Rsp des VwGH ersichtlich, im Falle des Vorliegens von Ausscheidensgründen beim Angebot einer Antragstellerin - abseits der Frage des Vorliegens einer förmlichen Ausscheidensentscheidung - ein Nachprüfungsantrag einer solchen Antragstellerin gegen eine Zuschlagsentscheidung jedenfalls zurückzuweisen wäre - VwGH 2009/04/0302; siehe idS zB BVA 1.6.2007, N/0035- BVA/08/2011-77.

Kann nunmehr einer mit ihrem Angebot korrekt auszuscheidenden/ausgeschiedenen Antragstellerin iSd vorausgezeigten Rsp durch eine Zuschlagsentscheidung vor Zuschlagserteilung kein Schaden iSd § 320 Abs 1 BVerfG 2006 drohen, so kann diese mit ihrem Angebot auszuscheidende bzw ausgeschiedene Antragstellerin auch nach einer tatsächlichen Zuschlagserteilung an eine Konkurrentin schon dem Grunde nach keinen - für Feststellungsverfahren und die dortige Antragslegitimation in § 331 Abs 1 BVerfG 2006 neuerlich genannten - Schaden dartun, womit - auch hier - im Spruchpunkt I. eine Zurückweisung auszusprechen war - VwGH ZI 2011/04/0043. Kann nunmehr einer mit ihrem Angebot korrekt auszuscheidenden/ausgeschiedenen Antragstellerin iSd vorausgezeigten Rsp durch eine Zuschlagsentscheidung vor Zuschlagserteilung kein Schaden iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVerfG 2006 drohen, so

kann diese mit ihrem Angebot auszuscheidende bzw ausgeschiedene Antragstellerin auch nach einer tatsächlichen Zuschlagserteilung an eine Konkurrentin schon dem Grunde nach keinen - für Feststellungsverfahren und die dortige Antragslegitimation in Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 neuerlich genannten - Schaden dartun, womit - auch hier - im Spruchpunkt römisch eins. eine Zurückweisung auszusprechen war - VwGH ZI 2011/04/0043.

3.3.3. Das BVergG 2006 idFBGBl I 2006/17 hat für den Zeitraum des streitigen Vergabeverfahrens in nachfolgend genannten Bestimmungen wie folgt normiert: 3.3.3. Das BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2006/17 hat für den Zeitraum des streitigen Vergabeverfahrens in nachfolgend genannten Bestimmungen wie folgt normiert:

- -Strichaufzählung
§ 19 Abs 1 - Die Vergabe hat an zuverlässige Unternehmer zu erfolgen Paragraph 19, Absatz eins, - Die Vergabe hat an zuverlässige Unternehmer zu erfolgen.
- -Strichaufzählung
§ 123 Abs 2 Z 1 - Die Prüfung der Einhaltung der Grundsätze des § 19 Abs 1 ist geboten; Z 2 dieser Bestimmung verlangt zusätzlich ausdrücklich die Prüfung der Zuverlässigkeit. Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer eins, - Die Prüfung der Einhaltung der Grundsätze des Paragraph 19, Absatz eins, ist geboten; Ziffer 2, dieser Bestimmung verlangt zusätzlich ausdrücklich die Prüfung der Zuverlässigkeit.
- -Strichaufzählung
§ 129 Abs 1 Z 2 hat als zwingenden Grund für das Ausscheiden von Angeboten vorgesehen, dass bei Bieterinnen deren Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, hat als zwingenden Grund für das Ausscheiden von Angeboten vorgesehen, dass bei Bieterinnen deren Zuverlässigkeit nicht gegeben ist.

3.3.4. Während § 70 BVergG 2006 seit seiner Stammfassung stets die berufliche Zuverlässigkeit erwähnt hat, haben die §§ 19 Abs 1, 123 Abs 2 und 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 idFBGBl I 2006/17 immer nur allgemein und ohne Einschränkung von der Zuverlässigkeit gesprochen; eine Beschränkung des § 129 Abs 1 Z 2 im Jahre 2006 auf Aspekte ausschließlich der beruflichen Zuverlässigkeit findet sohin im einschlägigen Gesetzeswortlaut keine Deckung. (Erst seit BGBl I 2010/15, sohin auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar, ist vom Gesetzgeber die Zuverlässigkeitsprüfung gemäß § 123 Abs 2 Z 2 ausdrücklich nach Maßgabe des § 70 vorgesehen.) 3.3.4. Während Paragraph 70, BVergG 2006 seit seiner Stammfassung stets die berufliche Zuverlässigkeit erwähnt hat, haben die Paragraphen 19, Absatz eins, 123, Absatz 2 und 129 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2006/17 immer nur allgemein und ohne Einschränkung von der Zuverlässigkeit gesprochen; eine Beschränkung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, im Jahre 2006 auf Aspekte ausschließlich der beruflichen Zuverlässigkeit findet sohin im einschlägigen Gesetzeswortlaut keine Deckung. (Erst seit BGBl römisch eins 2010/15, sohin auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar, ist vom Gesetzgeber die Zuverlässigkeitsprüfung gemäß Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer 2, ausdrücklich nach Maßgabe des Paragraph 70, vorgesehen.)

3.3.5. Nach der hier grundgelegten Ansicht fehlt einer Bieterin wie der hier auftretenden Antragstellerin in Relation zum streitigen Vergabeverfahren die erforderliche Zuverlässigkeit iSd §§ 19 Abs 1; 123 Abs 2 Z 2 und 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 idFBGBl I 2006/17. Die Zuverlässigkeit ist dabei auf Basis der bisherigen Erfahrungen mit dem jeweiligen Bieter zu beurteilen, derart zB Fruhmann in Schramm et al, BVergG 2006 § 19 Rz 49. Wenn nämlich nach allgemeinem Privatrecht nach Vertragsabschluss wegen Vertrauenserschütterung der Rücktritt vom Vertrag erklärt werden kann - siehe dazu zB Reischauer in Rummel, ABGB I 33.3.5. Nach der hier grundgelegten Ansicht fehlt einer Bieterin wie der hier auftretenden Antragstellerin in Relation zum streitigen Vergabeverfahren die erforderliche Zuverlässigkeit iSd Paragraphen 19, Absatz eins,; 123 Absatz 2, Ziffer 2 und 129 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2006/17. Die Zuverlässigkeit ist dabei auf Basis der bisherigen Erfahrungen mit dem jeweiligen Bieter zu beurteilen, derart zB Fruhmann in Schramm et al, BVergG 2006 Paragraph 19, Rz 49. Wenn nämlich nach allgemeinem Privatrecht nach Vertragsabschluss wegen Vertrauenserschütterung der Rücktritt vom Vertrag erklärt werden kann - siehe dazu zB Reischauer in Rummel, ABGB I 3

Vor § 918 Rz 7, so hat man vergleichend vor Vertragsabschluss bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Zuverlässigkeit nach § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 zu verneinen, wenn objektiviert ist, dass man sich auf einen Bieter nicht verlassen kann. Vor Paragraph 918, Rz 7, so hat man vergleichend vor Vertragsabschluss bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Zuverlässigkeit nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zu verneinen, wenn objektiviert ist, dass man sich auf einen Bieter nicht verlassen kann.

3.3.6. Aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ist sohin aus der Seite 60 des Angebots der Antragstellerin in Zusammenschau mit ihren sonstigen in den Vergabeunterlagen ersichtlichen Angebotserklärungen objektiv erkennbar, dass die Antragstellerin als bestimmte Leistung nach § 2 Z 3 BVergG 2006 die für die Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung bei ihrem Angebotssystem erforderlichen Messkäfige angeboten hat. Es kann nämlich nach Senatsauffassung gemäß § 863 ABGB kein Zweifel daran bestehen, dass die Antragstellerin bei der vorliegenden insoweit funktional gemäß § 96 Abs 2 formulierten Ausschreibung (-sabfrage) und dem Bejahen der Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung durch die Antragstellerin 3.3.6. Aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ist sohin aus der Seite 60 des Angebots der Antragstellerin in Zusammenschau mit ihren sonstigen in den Vergabeunterlagen ersichtlichen Angebotserklärungen objektiv erkennbar, dass die Antragstellerin als bestimmte Leistung nach Paragraph 2, Ziffer 3, BVergG 2006 die für die Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung bei ihrem Angebotssystem erforderlichen Messkäfige angeboten hat. Es kann nämlich nach Senatsauffassung gemäß Paragraph 863, ABGB kein Zweifel daran bestehen, dass die Antragstellerin bei der vorliegenden insoweit funktional gemäß Paragraph 96, Absatz 2, formulierten Ausschreibung (-sabfrage) und dem Bejahen der Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung durch die Antragstellerin

- -Strichaufzählung
samt der diesbezüglich eigenen handschriftlichen Beschreibung der Konfigurationsprüfung durch die Antragstellerin unter Hinweis auf den Messkäfig
- -Strichaufzählung

den bzw die für eine solche Funktionsprüfung erforderlichen Messkäfige zum Bestandteil ihres Angebots erklärt hat. Wenn die Antragstellerin danach, dokumentiert durch die Vergabeunterlagen beginnend mit der Teststellung am 16.8.2006; dem diesbezüglichen Teststellungsprotokoll in den Vergabeunterlagen; und insb auch durch das mail vom 18.8.2006, wie der lfd Nr 103 unterlagenmäßig beigeschlossen, darauf hinweist, dass die Messkäfige nicht Angebotsinhalt wären, sondern die Messkäfige (sinngemäß) "beim Willen der Auftraggeberin nach einem eigenen Controlling und Monitoring selbstverständlich jederzeit lieferbar wären, die Messkäfige allerdings im LV nicht ausgeschrieben worden wären", ist auf Tatsachenebene jener Sachverhalt erwiesen, den die BIG bereits in ihrer Ausscheidensbegründung vom 13.10.2006 zweifach, wie oben beschrieben, als Ausscheidenssachverhalt angegeben hat; mag dieser Ausscheidenssachverhalt rechtlich von der BIG auch anders subsumiert worden sein.

3.3.7. Rechtlich fehlt der Antragstellerin durch den vorstehend dargestellten Ausscheidenssachverhalt nunmehr aber die Zuverlässigkeit insb gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, da sich die BIG durch eine derartige nachträgliche Einschränkung des Angebotsinhalts durch die Antragstellerin nach Angebotslegung - nach Ablauf der Angebotsfrist am 21.7.2006 - mit der Situation konfrontiert gesehen hat, dass die Antragstellerin nicht bereit gewesen ist, eine objektiv nach dem Text des eigenen Angebots zugesagte Leistung im zugesagten Umfang erbringen zu wollen. 3.3.7. Rechtlich fehlt der Antragstellerin durch den vorstehend dargestellten Ausscheidenssachverhalt nunmehr aber die Zuverlässigkeit insb gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, da sich die BIG durch eine derartige nachträgliche Einschränkung des Angebotsinhalts durch die Antragstellerin nach Angebotslegung - nach Ablauf der Angebotsfrist am 21.7.2006 - mit der Situation konfrontiert gesehen hat, dass die Antragstellerin nicht bereit gewesen ist, eine objektiv nach dem Text des eigenen Angebots zugesagte Leistung im zugesagten Umfang erbringen zu wollen.

Die Antragstellerin war gemäß § 862 ABGB und insb § 112 BVergG 2006 bestehenden Angebotsbindung im streitigen offenen Vergabeverfahren bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist, also bis zum Ablauf des 21.12.2006 laut Seite 1 der Ausschreibungsunterlage, zuzüglich der Nachprüfungsverfahrenszeiten gemäß § 112 Abs 4 BVergG 2006, an ihren objektiv redlich erklärten Angebotsinhalt gebunden. Wenn die Antragstellerin diesen Angebotsinhalt im Punkte der für die Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung erforderlichen Messkäfige nachträglich durch weitere Erklärungen, die im Übrigen auch im Lichte des §101 Abs 4 BVergG 2006 unzulässig wären, dennoch einschränken wollte, schafft sie damit Tatsachen, die notorisch Grundlage für Nachtragsforderungen sein können. Die Antragstellerin war gemäß Paragraph 862, ABGB und insb Paragraph 112, BVergG 2006 bestehenden Angebotsbindung im streitigen offenen Vergabeverfahren bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist, also bis zum Ablauf des 21.12.2006 laut Seite 1 der Ausschreibungsunterlage, zuzüglich der Nachprüfungsverfahrenszeiten gemäß Paragraph 112, Absatz 4, BVergG 2006, an ihren objektiv redlich erklärten Angebotsinhalt gebunden. Wenn die Antragstellerin diesen Angebotsinhalt im

Punkte der für die Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung erforderlichen Messkäfige nachträglich durch weitere Erklärungen, die im Übrigen auch im Lichte des §101 Absatz 4, BVergG 2006 unzulässig wären, dennoch einschränken wollte, schafft sie damit Tatsachen, die notorisch Grundlage für Nachtragsforderungen sein können.

3.3.8. Zusammenfassend konnte sich die BIG 2006 in einer derartigen Situation im Jahr 2006 nicht darauf verlassen, dass die Antragstellerin zum objektiven Erklärungswert ihres Angebots und damit zum Lieferumfang mit einer möglichen Konfigurationsprüfung mittels Bedienerführung mit dem bzw den erforderlichen Messkäfigen steht. Wenn daher im Oktober 2006 absehbar war, dass die BIG die objektiv angebotenen Leistungen im Falle der Annahme des Angebots der

Antragstellerin im Messkäfigpunkt mit Leistungsklage einfordern würde müssen;

konnte sich die BIG im Jahr 2006 bereits während des Vergabeverfahrens nicht auf die Antragstellerin als künftige Vertragspartnerin verlassen. Die Antragstellerin war damit jedenfalls 2006 objektiv unzuverlässig nach §§ 19 Abs 1 und 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, zumal es eben für eine Auftraggeberin wie die BIG unzumutbar erscheint, mit einer Bieterin im Falle deren Bestbietereigenschaft bereits in dem Wissen zu kontrahieren, dass diese Bieterin ihren ursprünglich objektiv erklärten Angebotsinhalt trotz aufrechter Angebotsbindung nachträglich eingeschränkt sehen will, um danach die Auftraggeberin im Auftragsfalle eben mit idR außerhalb eines Vergabewettbewerbs liegenden Zusatzforderungen (hier:) zwecks Lieferung von Messkäfigen konfrontieren zu können. konnte sich die BIG im Jahr 2006 bereits während des Vergabeverfahrens nicht auf die Antragstellerin als künftige Vertragspartnerin verlassen. Die Antragstellerin war damit jedenfalls 2006 objektiv unzuverlässig nach Paragraphen 19, Absatz eins und 129 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, zumal es eben für eine Auftraggeberin wie die BIG unzumutbar erscheint, mit einer Bieterin im Falle deren Bestbietereigenschaft bereits in dem Wissen zu kontrahieren, dass diese Bieterin ihren ursprünglich objektiv erklärten Angebotsinhalt trotz aufrechter Angebotsbindung nachträglich eingeschränkt sehen will, um danach die Auftraggeberin im Auftragsfalle eben mit idR außerhalb eines Vergabewettbewerbs liegenden Zusatzforderungen (hier:) zwecks Lieferung von Messkäfigen konfrontieren zu können.

3.3.9. Wegen dieser Unzuverlässigkeit der Antragstellerin, die in der Aktenlage des Vergabeverfahrens dokumentiert ist, und welche nach dem Vorhalt vom 17.1.2012 antragstellerinnenseits auch nicht substantiiert bestritten wurde, war das Angebot der Antragstellerin zwingend nach § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 auszuscheiden. Deren Feststellungsbegehren waren daher mangels Schadens und Antragslegitimation - laut Punkt 3.3.2 dieses Bescheids - zurückzuweisen. 3.3.9. Wegen dieser Unzuverlässigkeit der Antragstellerin, die in der Aktenlage des Vergabeverfahrens dokumentiert ist, und welche nach dem Vorhalt vom 17.1.2012 antragstellerinnenseits auch nicht substantiiert bestritten wurde, war das Angebot der Antragstellerin zwingend nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 auszuscheiden. Deren Feststellungsbegehren waren daher mangels Schadens und Antragslegitimation - laut Punkt 3.3.2 dieses Bescheids - zurückzuweisen.

3.4. Zum Schluss des Ermittlungsverfahrens

Nicht mehr rechtserheblich und erörterungsbedürftig gemäß § 39 Abs 3 AVG war sohin, inwieweit die nachträgliche Begründung der Ausscheidensentscheidung vom 11.10.2006, erfolgt am 13.10.2006, gemäß Art 41 Abs 2 RL 2004/18 insb vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2007/66/EG dazu geführt haben könnte, dass die Auftraggeberin jedenfalls über diese Bestimmung die ursprünglich ihrem Text nach begründungslose Ausscheidensentscheidung erst nachträglich über Rückfrage der mit ihrem Angebot ausgeschiedenen Bieterin rechtfertigen durfte; bzw ob gegenteilig - mangels des voraufgezeigten Ausscheidensgrunds aus den Vergabeunterlagen - § 129 Abs 3 BVergG 2006 als strengeres nationales Vergabegesetz dazu geführt hätte, dass die ursprünglich gemeinsam angefochtene Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung je vom 11.10.2006 bereits wegen formeller Begründungsmängel als vergaberechtswidrig aufzuheben gewesen wäre. Dahingestellt bleiben kann beim aufgezeigten Verfahrensergebnis ohne zusätzliche Erörterungsnotwendigkeit weiters - auch abseits diverser sonst iZm VwGH ZI 2007/04/0012 allenfalls zu erörternder Fragen iZm dem unionsrechtlich determinierten Musterbegriff zB iSd Art 48 Abs 2 lit j sublit i RL 2004/18/EG iVm Art 2 Abs 2 lit a RL 1999/44/EG (iVm dem allgemein - privatrechtlich jedenfalls einmal als dispositives Recht geltenden § 922 ABGB) -, inwieweit es antragstellerinnenseits allenfalls unlauter iSd § 19 Abs 1 BVergG 2006 und damit vergaberechtswidrig iSd VwGH ZI 2005/04/0200 gewesen sein könnte, wenn die Antragstellerin vorab im Angebotstext gelegentlich der Abfrage der Funktionalität ihres Angebots die Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung mittels Messkäfigen beschreibt; aber nachmalig verneinen will, dass Messkäfige Angebotsinhalt

wären. Für die seit Jahren in der Vergabekontrolle tätigen Senatsmitglieder erscheint es nämlich idZ auf Grund ihrer Praxiserfahrungen notorisch, dass mit dem Zulassen einer nachträglichen Einschränkung des Angebotsinhalts der Grundstein für Nachtragsforderungen des Bieters mit dem formal ursprünglich billigeren Angebotspreis gelegt wird, mit dem dieser im Vergabewettbewerb ursprünglich reüssiert hat, um dann eben über nicht vom Erstangebot erfasst gewesen seiende Zusatzerfordernisse nachträglich den eigenen Deckungsbeitrag unter Ausschaltung des Vergabewettbewerbs mitunter wettbewerbswidrig zu erhöhen. Nicht mehr rechtserheblich und erörterungsbedürftig gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG war sohin, inwieweit die nachträgliche Begründung der Ausscheidensentscheidung vom 11.10.2006, erfolgt am 13.10.2006, gemäß Artikel 41, Absatz 2, RL 2004/18 insb vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2007/66/EG dazu geführt haben könnte, dass die Auftraggeberin jedenfalls über diese Bestimmung die ursprünglich ihrem Text nach begründungslose Ausscheidensentscheidung erst nachträglich über Rückfrage der mit ihrem Angebot ausgeschiedenen Bieterin rechtfertigen durfte; bzw ob gegenteilig - mangels des voraufgezeigten Ausscheidensgrunds aus den Vergabeunterlagen - Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006 als strengeres nationales Vergabegesetz dazu geführt hätte, dass die ursprünglich gemeinsam angefochtene Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung je vom 11.10.2006 bereits wegen formeller Begründungsmängel als vergaberechtswidrig aufzuheben gewesen wäre. Dahingestellt bleiben kann beim aufgezeigten Verfahrensergebnis ohne zusätzliche Erörterungsnotwendigkeit weiters - auch abseits diverser sonst iZm VwGH ZI 2007/04/0012 allenfalls zu erörternder Fragen iZm dem unionsrechtlich determinierten Musterbegriff zB iSd Artikel 48, Absatz 2, Litera j, sublit i RL 2004/18/EG in Verbindung mit Artikel 2, Absatz 2, Litera a, RL 1999/44/EG in Verbindung mit dem allgemein - privatrechtlich jedenfalls einmal als dispositives Recht geltenden Paragraph 922, ABGB) -, inwieweit es antragstellerinnenseits allenfalls unlauter iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 und damit vergaberechtswidrig iSd VwGH ZI 2005/04/0200 gewesen sein könnte, wenn die Antragstellerin vorab im Angebotstext gelegentlich der Abfrage der Funktionalität ihres Angebots die Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung mittels Messkäfigen beschreibt; aber nachmalig verneinen will, dass Messkäfige Angebotsinhalt wären. Für die seit Jahren in der Vergabekontrolle tätigen Senatsmitglieder erscheint es nämlich idZ auf Grund ihrer Praxiserfahrungen notorisch, dass mit dem Zulassen einer nachträglichen Einschränkung des Angebotsinhalts der Grundstein für Nachtragsforderungen des Bieters mit dem formal ursprünglich billigeren Angebotspreis gelegt wird, mit dem dieser im Vergabewettbewerb ursprünglich reüssiert hat, um dann eben über nicht vom Erstangebot erfasst gewesen seiende Zusatzerfordernisse nachträglich den eigenen Deckungsbeitrag unter Ausschaltung des Vergabewettbewerbs mitunter wettbewerbswidrig zu erhöhen.

3.5. Zum vorgetragenen Gegenfeststellungsantrag

Die Auftraggeberin stellte im fortgesetzten Feststellungsverfahren laut der Eingabe vom 26.1.2012, lfd Nr 109 des Verwaltungsakts F/0010-BVA/08/2011, einen Gegenfeststellungsantrag, mangels Ab- bzw Zurückweisung der Anträge der Antragstellerin in eventu festzustellen, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Dieser Gegenfeststellungsantrag (- eindeutig iSv VwGH 2004/04/0028) bewertbar als solcher gemäß § 312 Abs 3 Z 2 BVergG 2006 idF BGBl I 2006/17 -) wurde nur eventualiter für den Fall der Stattgabe an die Antragstellerinnenanträge gestellt. Sohin war wegen des zurückweislichen Spruchpunkts I. dieses Bescheids über diesen Gegenfeststellungsantrag nicht abzusprechen. Die Auftraggeberin stellte im fortgesetzten Feststellungsverfahren laut der Eingabe vom 26.1.2012, lfd Nr 109 des Verwaltungsakts F/0010-BVA/08/2011, einen Gegenfeststellungsantrag, mangels Ab- bzw Zurückweisung der Anträge der Antragstellerin in eventu festzustellen, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Dieser Gegenfeststellungsantrag (- eindeutig iSv VwGH 2004/04/0028) bewertbar als solcher gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisches 2006/17 -) wurde nur eventualiter für den Fall der Stattgabe an die Antragstellerinnenanträge gestellt. Sohin war wegen des zurückweislichen Spruchpunkts römisches eins. dieses Bescheids über diesen Gegenfeststellungsantrag nicht abzusprechen.

3.6. Zum Pauschalgebührenersatz

Da die Antragstellerin weder mit ihren ursprünglichen Nichtigerklärungsbegehren gegen die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung aus dem Verfahren N/0089- BVA/08/2006 noch mit ihren Feststellungsbegehren, wie zu F/0010-BVA/08/2011 protokolliert, obsiegt hat; und auch keine Klaglosstellung hinsichtlich der Nachprüfungs- bzw Feststellungsbegehren der Antragstellerin erweislich war, war bereits deshalb keine Pauschalgebührenauflegung gemäß § 319 BVergG 2006 vorzunehmen. Da die Antragstellerin weder mit ihren ursprünglichen

Nichtigerklärungsbegehren gegen die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung aus dem Verfahren N/0089-BVA/08/2006 noch mit ihren Feststellungsbegehren, wie zu F/0010-BVA/08/2011 protokolliert, obsiegt hat; und auch keine Klaglosstellung hinsichtlich der Nachprüfungs- bzw Feststellungsbegehren der Antragstellerin erweislich war, war bereits deshalb keine Pauschalgebührenauflegung gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 vorzunehmen.

Schlagworte

Zuverlässigkeit, nicht verlassen können, nachträgliche Angebotseinschränkung;

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2012

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