

TE Verg Bescheid 2012/3/5 N/0011-BVA/04/2012-15

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.03.2012

Norm

BVergG 2006 §2 Z1

BVergG 2006 §2 Z2

BVergG 2006 §126 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1 Z1

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im

Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen, Medientechnik, Ausschreibung GZ 690.150/1173-306/2011" des Auftraggebers Burghauptmannschaft Österreich, Schweizerhof, 1010 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, eingebracht am 30.1.2012, eingelangt am 31.1.2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen, Medientechnik, Ausschreibung GZ 690.150/1173-306/2011" des Auftraggebers Burghauptmannschaft Österreich, Schweizerhof, 1010 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, eingebracht am 30.1.2012, eingelangt am 31.1.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 18.1.2012 in Bezug auf das Hauptangebot des Antragstellers vom 25.10.2011 wird stattgegeben.

Die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 18.1.2012 betreffend das Hauptangebot des Antragstellers vom 25.10.2011 im Vergabeverfahren "Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen, Medientechnik, Ausschreibung GZ 690.150/1173- 306/2011" wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß § 319 Abs. 1 BVergG binnen 14 Tagen zu Händen des Vertreters des Antragstellers wird stattgegeben. Dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG binnen 14 Tagen zu Händen des Vertreters des Antragstellers wird stattgegeben.

Der Auftraggeber, Burghauptmannschaft Österreich, hat dem Antragsteller im Vergabeverfahren "Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen, Medientechnik, Ausschreibung GZ 690.150/1173-306/2011" den Betrag von Euro 2.736,00 für die vom Antragsteller für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution zu Händen des Rechtsvertreters zu ersetzen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen, Medientechnikausschreibung GZ 690.150/1173 -30 6/2011" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2011/S190 - 309895 am 4.10.2011 veröffentlicht. Der gegenständliche Bauauftrag soll in Form eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 28.11.2011, 11:00 Uhr, fixiert. Die Einbringung eines Alternativangebotes wurde für unzulässig erklärt.

In den Ausschreibungsunterlagen war im Angebotsschreiben und im Leistungsverzeichnis Nachfolgendes festgelegt:

"

Angebotsschreiben

.....

3. Ich bin (Wir sind) mit den nachstehenden

Angebotsbestimmungen einverstanden und habe(n) mein (unser)

Angebot danach erstellt.

.....

6. Angebotsbestimmungen:

.....

6.4. Die Vordrucke sind vollständig auszufüllen

(Einheitspreis, Bieterlücke usw.), ausgenommen sind Angebote

mit Datenträgeraustausch.

.....

6.6. Etwaige Abänderungsangebote beziehungsweise Alternativangebote sind, wenn in der Ausschreibung nicht anderes bestimmt ist, nur neben dem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig, ausschließlich auf Firmenpapier zu verfassen und im Angebotsschreiben an der hierfür vorgesehenen Stelle als Beilage anzuführen. Bei Abänderungsangeboten und Alternativangeboten ist die neue Angebotssumme auszuweisen. Von den Bestimmungen der Ausschreibung abweichende Angebotsbedingungen, wie allgemeine Geschäftsbedingungen (Zahlungs- und Lieferbedingungen), dürfen nur in einem Abänderungs- bzw Alternativangebot enthalten sein. Der Ausschreiber behält sich vor, bei Ausscheiden des ausschreibungsgemäßen Angebotes ein Abänderungsangebot bzw Alternativangebot auszuscheiden oder nicht.

.....

15. Zuschlagskriterien: siehe Leistungsverzeichnis 00.11.24: X

technisch günstigstes Angebot

.....

17. Diesem Angebotsschreiben sind folgende Beilagen als

weitere Bestandteile des Angebotes angeschlossen:

17.1. das Leistungsverzeichnis

Bitte ab 17.2 die Blattanzahl angeben oder die
Kästchen streichen!

17.2. 0 besondere Bestimmungen für den Einzelfall

.....

17.6. 0 Begleitschreiben (ohne allgemeine

Geschäftsbedingungen des Bieters)

17.7. 0 Antrag, bestimmte Teile der Leistung durch Subunter-

nehmer im Sinne des BVergG § 83

ausführen zu lassen, samt Subunternehmerver-

zeichnis inkl. deren Eignungsnachweise

17.8. 0 Abänderungsangebot(e)

17.9. 0 Alternativangebot(e)

.....

Leistungsverzeichnis zur ZI 690.150/1173-306/2011

.....

00.11.09Z

Alternativangebote sind als solche zu kennzeichnen und in einer eigenen Ausarbeitung einzurechnen. Von den Bestimmungen der Ausschreibung abweichende Geschäftsbedingungen oder Vertragsbedingungen des Bieters, die auf etwaigen Geschäftspapieren oder standardisierten Beilagen des Bieters aufscheinen, dürfen nur im Rahmen eines Alternativangebotes verwendet werden.

00.11.09 C Z Alternativangebote nicht zulässig

ein Alternativangebot ist nicht zulässig.

Begründung: Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 81: Vergabe

nach Angebotspreis.'

.....

00.11.21 Z Abänderungsangebote nicht zulässig

Abänderungsangebote sind nicht zulässig.

00.11.24 Z. Die Wahl des Angebotes für den Zuschlag erfolgt nach folgenden

Zuschlagskriterien:

00.11.24D Z Zuschlagskriterien

Der Zuschlag wird entsprechend den nachfolgenden Zuschlagskriterien dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt. Die Gewichtung wird wie folgt festgelegt:

(1) Preis: 80 %

(2) Reaktionszeit: 10 %

(3) erweiterte Garantie 10 %

Punktermittlung:

.....

00.13.01 Z

Beschreibung des Gewerkes

Die gegenständlichen Arbeiten umfassen die Lieferung, Montage

sowie das Herstellen der Betriebsbereitschaft von Audio -

Visuellen Komponenten.

.....

21.01.06 Z Mini PC

INTEL Atom tm CPU N270 1,6 GHz Lüfterlos!

.....

Fabrikat: iq Automation

Typ: QBOX-1010 oder gleichwertig

liefern, vertragen und betriebsfertig installieren.

Angebotenes Erzeugnis:

LO..... SO..... EP..... PP.....

Eventualposition

21.01.07 Z Mini PC für 3D Visualisierung

Betriebssystem: Window7 Home oder Professional

CPU Intel Atom Prozessor 525 Dual Core

.....

Fabrikat: ASUS

Typ: EEE Box PC oder gleichwertig

Liefern, vertragen und betriebsfertig installieren.

Angebotenes Erzeugnis:.....

LO..... SO..... EP..... PP.....

21.01.08 Z Software Leitsystem

Die Software für das Leit- und Orientierungssystem ist auf Basis der Anforderung und Nutzung des beiliegenden Lastenheftes zu erstellen.....

Fabrikat: RESI automation gmbh, A 8551 Wies

Typ: SMS SCADA SYSTEM oder gleichwertig

Angebotenes Erzeugnis:

LO..... SO..... EP..... PP.....

Eventualposition

21.01.09 Z Software 3D Map erstellen

Um eine einfache und so weit als Realistische Navigation im

Fabrikat: RESI automation gmbH, A 8551 Wies

Typ: SMS SCADA SYSTEM 3D oder gleichwertig

Angebotenes Erzeugnis:

LO..... SO..... EP..... PP.....

21.01.10 Z Software Wegeauskunft via Email

Es kann von autorisierten Personen des BMF (z.B. Portier).....

Fabrikat: RESI automations gmbH, A 8551 Wies

Typ: SMS SCADA SYSTEM Email oder gleichwertig

Angebotenes Erzeugnis:.....

LO..... SO..... EP..... PP.....

21.01.11 Z Software Integration Schnittstelle EVVA

Die Schnittstelle zum EVVA System besteht aus einer.....

Fabrikat: RESI automations gmbH, A 8551 Wies

Typ: SMS SCADA SYSTEM RFID oder gleichwertig

Angebotenes Erzeugnis:.....

LO..... SO..... EP..... PP.....

21.01.12 Z Server

Basis:

"

Bis zum 28.11.2011, 11:00 Uhr, langten acht Angebote ein. Zu diesen zählten die Angebote der A*** vom 25.10.2011 (€ 851.929,39 exkl. Ust) mit der Geschäftsadresse B*** (in der Folge Antragsteller) und der C*** vom 24.11.2011 (€ 791.119,45 exkl. Ust) mit der Geschäftsadresse D*** sowie der E*** (€ 913.590) [in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger].

Die genannten Angebote vom 25.10.2011 und vom 24.11.2011 enthielten im Angebotsschreiben die Unterschrift von Herrn ***. Keines der Angebote wurde als Hauptangebot, Abänderungsangebot oder Alternativangebot gekennzeichnet. Im Angebot vom 25.10.2011 war auch unter den Punkten 17.8 bzw 17.9 des Angebotsschreibens keine Seitenanzahl angegeben bzw sonstige Kennzeichnung umfasst. Auch beim Angebot vom 24.11.2011 war im Angebotsschreiben weder unter Punkt 17.8. das Kästchen für Abänderungsangebote noch unter Punkt 17.9 das Kästchen für Alternativangebote ausgefüllt.

Beim Angebot vom 25.10.2011 wurde in den Positionen 21.01.06 Z (Minis PC), 21.01.02 Z (Mini PC für 3D

Visualisierung), 21.01.08 Z (Software Leitsystem), 21.01.09 Z (Software 3D Map erstellen), 21.01.10 Z (Software Wegeauskunft via Email) und 21.01.11 Z (Software Integration Schnittstelle EVVA) das jeweils angeführte Leitprodukt angeboten. Im Angebot vom 24.11.2011 hingegen wurde in den Bieterlücken (Angebotenes Erzeugnis) der genannten Positionen außer der Position 21.01.09 Z (Software 3D Map erstellen), zu der auf die Pos 21.01.08 verwiesen wurde, das jeweilige Stübersystem angeführt.

Dem Angebot vom 24.11.2011 lag ein auf dem Firmenpapier mit dem Logo "A***" verfasstes Begleitschreiben bei, in dem im Kopf die A*** mit der Niederlassung in B*** sowie mit den Niederlassungen in G*** ebenso durchgestrichen waren wie die auf der Rückseite abgedruckten allgemeinen Verkaufs-, Liefer und Montagebedingungen der A*** mit dem Stand 1.Jänner 2010. Außerdem wurde in diesem Begleitschreiben darauf hingewiesen, für das Leit - und Orientierungssystem das Produkt "Stübersystem" anzubieten, wobei dieses Angebot nur in Verbindung mit dem Begleitschreiben gelte. Zur Testvariante wurde Folgendes ausgeführt:

".....Als Testvariante würden wir ein bestehendes Orientierungssystem für ein Gebäude eines Kunden als Testsystem zur Verfügung stellen. Die damit verbundenen Kosten sind im Angebot enthalten. Zusätzlich bieten wir den Liveeinsatz eines Orientierungssystems vor Ort bei einem Kunden in Deutschland an. Den Liveeinsatz referieren wir gegenüber der Teststellung.

.....".

Dem zuletzt genannten Angebot vom 24.11.2011 lagen umfangreiche technische Darstellungen bei.

Mit Telefaxmitteilung vom 19.1.2012 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller A***, mit der Geschäftsadresse B***, mit, seine beiden Angebote mit einem Gesamtpreis von Euro 791.119,45 bzw Euro 851.929,39 gemäß § 129 Abs. 1 7 BVergG ausgeschieden zu haben, da die Legung zweier Hauptangebote dem Wettbewerbsgrundsatz widerspreche. Auch der A*** mit der Geschäftsadresse D***, wurde das Ausscheiden der Angebote mit den oben genannten Preisen unter Hinweis auf den Ausscheidensgrund (2 Hauptangebote) bekannt gegeben. Den nicht ausgeschiedenen Bietern wurde mit Telefaxmitteilung von 20.1.2012 die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers (1.096.308,00 exkl. Ust) mit der erreichten Punktezah (87,23) und einer Stillhaltefrist bis zum 31.1.2012, 24.00 Uhr, übermittelt. Mit Telefaxmitteilung vom 19.1.2012 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller A***, mit der Geschäftsadresse B***, mit, seine beiden Angebote mit einem Gesamtpreis von Euro 791.119,45 bzw Euro 851.929,39 gemäß Paragraph 129, Absatz eins, 7 BVergG ausgeschieden zu haben, da die Legung zweier Hauptangebote dem Wettbewerbsgrundsatz widerspreche. Auch der A*** mit der Geschäftsadresse D***, wurde das Ausscheiden der Angebote mit den oben genannten Preisen unter Hinweis auf den Ausscheidensgrund (2 Hauptangebote) bekannt gegeben. Den nicht ausgeschiedenen Bietern wurde mit Telefaxmitteilung von 20.1.2012 die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers (1.096.308,00 exkl. Ust) mit der erreichten Punktezah (87,23) und einer Stillhaltefrist bis zum 31.1.2012, 24.00 Uhr, übermittelt.

Mit Schreiben des Antragstellers vom 25.01.2012 wurde der Auftraggeber aufgefordert, die Ausscheidensentscheidung zulasten des Antragstellers umgehend zurückzunehmen. Es seien keine zwei Hauptangebote gelegt worden. Beim Angebot vom 25.10.2012 (Euro 791.119,45) seien Änderungen in den Positionen 2101060 bis 2101100 in insgesamt fünf Positionen durchgeführt worden. Statt des ausgeschriebenen Mini-PC-Systems von RESI-Automation sei das System "Stübersystem" mit einem Mini-PC Core 2 des Antragstellers DuoFull HD, einem Guide3D-Kiosk und einem Guide3D print/mobil angeboten worden. Für diese Leistungsteile seien ein niedrigerer Preis als für die entsprechenden Positionen im Hauptangebot berechnet worden. Es handle sich dabei um geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderungen auf Positionsebene. Mit diesem Abänderungsangebot sei auch eine mehrseitige technische Beschreibung und der Gleichwertigkeitsnachweis über das Leit - und Orientierungssystem Stübersystem vorgelegt worden. Die technisch veränderten Positionen seien im Abänderungsangebot entsprechend gekennzeichnet worden.

Dazu teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass im Zuge der Angebotsprüfung festgestellt worden sei, dass es sich bei einem der Angebote des Antragstellers um ein Abänderungsangebot handle. Unter Hinweis auf § 106 Abs.1 BVergG wurde weiter ausgeführt, dass bei beiden Angebote des Antragstellers keine Kennzeichnung als

Abänderungsangebot beziehungsweise Alternativangebot erfolgt sei. Auch seien die im Formblatt des Angebotsschreibens enthaltenen Felder für die Kennzeichnung von Alternativ - oder Abänderungsangeboten nicht angekreuzt gewesen. Beide Angebote seien mit gleicher Post von verschiedenen Filialen des Antragstellers mit verschiedenen Firmenstempeln abgegeben worden. Es sei jedoch ersichtlich, dass es sich um dasselbe Unternehmen handle. Die Ausscheidensentscheidung könne nicht zurückgenommen werden. Dazu teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass im Zuge der Angebotsprüfung festgestellt worden sei, dass es sich bei einem der Angebote des Antragstellers um ein Abänderungsangebot handle. Unter Hinweis auf Paragraph 106, Absatz eins, BVergG wurde weiter ausgeführt, dass bei beiden Angebote des Antragstellers keine Kennzeichnung als Abänderungsangebot beziehungsweise Alternativangebot erfolgt sei. Auch seien die im Formblatt des Angebotsschreibens enthaltenen Felder für die Kennzeichnung von Alternativ - oder Abänderungsangeboten nicht angekreuzt gewesen. Beide Angebote seien mit gleicher Post von verschiedenen Filialen des Antragstellers mit verschiedenen Firmenstempeln abgegeben worden. Es sei jedoch ersichtlich, dass es sich um dasselbe Unternehmen handle. Die Ausscheidensentscheidung könne nicht zurückgenommen werden.

Mit Schriftsatz vom 30.1.2012 stellte die A*** - Geschäftsadresse D***, vertreten durch X***, einen Nachprüfungsantrag mit den im Spruch ersichtlichen Begehren. Außerdem wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller am 25.10.2011 ein erstes gültiges Hauptangebot ohne Begleitschreiben gelegt habe. Ein weiteres Angebot sei am 24.11.2011 eingebracht worden, das technische Änderungen in den Positionen 21.01.06 von Z6 bis 21.01.11 Z, damit in fünf Positionen, enthalten habe. Auf diese Änderungen sei in einem Begleitschreiben ausdrücklich hingewiesen worden. Auch im Original - Leistungsverzeichnis seien die abgeänderten, angebotenen Positionen ausdrücklich vermerkt worden. Es seien dabei andere Fabrikate und Typen eingesetzt worden. Da andere technische Lösungen angeboten worden seien, sei von keinem Hauptangebot, sondern einem Abänderungsangebot auszugehen. Allerdings sei verabsäumt worden, auf Seite sechs in der Position 17.8 das Kästchen "Abänderungsangebot" anzukreuzen. Die Angebotsöffnung habe am 28.11.2011 stattgefunden, wobei der Antragsteller mit seinem Abänderungsangebot an erster Stelle und seinem Hauptangebot an zweiter Stelle gereiht worden sei. Die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 19.1.2012 stütze sich darauf, dass die Einbringung von zwei Hauptangeboten mit unterschiedlichen Preisen unzulässig sei. Trotz des Hinweises des Antragstellers, dass es sich nicht um zwei Hauptangebote, sondern um ein Hauptangebot und ein Abänderungsangebot handle, habe der Auftraggeber die Ausscheidensentscheidung nicht zurückgenommen.

Das vom Antragsteller am 25.10.2011 gelegte Hauptangebot sei jedenfalls ausschreibungskonform. Das in den Positionen 21.01.066-21.01.11 Z. andere technische Lösungen aufweisende Angebot vom 24.11.2011 sei als Abänderungsangebot zu werten, was ursprünglich vom Auftraggeber im Schreiben vom 27.1.2012 nicht bestritten worden sei. Die fehlende Bezeichnung des Angebotes vom 24.11.2011 als "Abänderungsangebot" stelle keine konstitutive Voraussetzung, sondern lediglich eine formale Obliegenheit dar, zumal auch die Abänderung im Begleitschreiben ausführlich erklärt und die abgeänderten Positionen im Original - Leistungsverzeichnis deutlich und ausdrücklich eingesetzt worden seien. Es würden daher keine zwei Hauptangebote vorliegen, sodass die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig sei.

Der Auftraggeber habe es verabsäumt, gemäß § 126 Abs. 1 BVergG im Fall von Unklarheiten oder Mängeln vom Bieter unter Setzung einer angemessenen Frist eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Lediglich solche Bieter seien auszuschneiden, die eine Aufklärung innerhalb der bestimmten Frist unterlassen hätten bzw deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehre. Eine Verbesserung wäre auch nicht geeignet gewesen, den Wettbewerb in irgendeiner Weise zu beeinflussen. Der Auftraggeber habe es verabsäumt, gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG im Fall von Unklarheiten oder Mängeln vom Bieter unter Setzung einer angemessenen Frist eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Lediglich solche Bieter seien auszuschneiden, die eine Aufklärung innerhalb der bestimmten Frist unterlassen hätten bzw deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehre. Eine Verbesserung wäre auch nicht geeignet gewesen, den Wettbewerb in irgendeiner Weise zu beeinflussen.

Durch die angefochtene Ausscheidensentscheidung vom 19.1.2012 sei der Antragsteller in seinen Rechten auf Nichtausscheiden eines ausschreibungskonformen Angebotes, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu seinen Gunsten, sowie in seinem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, allenfalls in seinem

Recht auf Widerruf eines gesetzwidrigen Vergabeverfahrens verletzt. Als seit vielen Jahren im Bereich der Installation von Elektro-, Sicherheit- und Medientechnik tätiges Unternehmen habe der Antragsteller ein Interesse am Vertragsabschluss. Im Fall der Aufrechterhaltung der Ausscheidensentscheidung drohe ihm ein Schaden in der Höhe des Erfüllungsinteresses (Gewinn und Deckungsbeitrag). Zudem entgehe ein wichtiges Referenzprojekt.

Mit Schriftsatz vom 2.2.2012 wandte der Auftraggeber ein, im Zuge der Angebotsprüfung nicht habe feststellen können, dass es sich beim Angebot des Antragstellers um ein Abänderungsangebot handle. Eine entsprechende Kennzeichnung sei bei keinem Angebot des Antragstellers vorhanden gewesen. Im Formblatt sei keine Kennzeichnung hinsichtlich eines Alternativ - oder Abänderungsangebotes erfolgt. Außerdem seien aufgrund der Ausschreibung (Pos. 00.11.21. Z bzw 00.11.09C Z) Abänderungs - und Alternativangebote auszuschneiden gewesen.

Nach ständiger Judikatur des BVA verstoße außerdem die Legung mehrerer Hauptangebote gegen die guten Sitten und den Wettbewerbsgrundsatz. Auch in der deutschen Judikatur werde die Legung zweier Hauptangebote als unzulässig bewertet. Da kein Abänderungs- oder Alternativangebot vorliege, seien die Angebote des Antragstellers auszuschneiden gewesen. Die Zuschlagsentscheidung sei den anderen Bietern am 20.01.2012 per Telefax bzw E-Mail übermittelt worden.

Dem hielt der Antragsteller mit Schriftsatz vom 13.02.2012 entgegen, dass für ein Abänderungsangebot gemäß § 2 Z 1 BVergG die inhaltliche Ausgestaltung und nicht die Kennzeichnung als Abänderungsangebot maßgeblich sei. Bereits bei Vorliegen kleiner technischer Abweichungen sei von einem Abänderungsangebot auszugehen. Solche lägen im Angebot des Antragstellers vom 24.11.2011 vor. Auch der Auftraggeber hätte unter Heranziehung des objektiven Erklärungsmaßstabes von einem Abänderungsangebot ausgehen müssen. Daran könne auch die fehlende Bezeichnung als Abänderungsangebot nichts ändern. Der Antragsteller biete in seinem Angebot vom 24.11.2011 eine andere technische Lösung an als in seinem Angebot vom 25.10.2011. Der Wille des Antragstellers sei daher eindeutig auf die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung einerseits und einer geringen aber gleichwertigen technischen Abänderung der Leistung andererseits ausgerichtet gewesen. Andernfalls wäre auch nicht im Begleitschreiben der technische Unterschied herausgearbeitet worden. Der Antragsteller habe daher kein zweites Hauptangebot gelegt. Dem hielt der Antragsteller mit Schriftsatz vom 13.02.2012 entgegen, dass für ein Abänderungsangebot gemäß Paragraph 2, Ziffer eins, BVergG die inhaltliche Ausgestaltung und nicht die Kennzeichnung als Abänderungsangebot maßgeblich sei. Bereits bei Vorliegen kleiner technischer Abweichungen sei von einem Abänderungsangebot auszugehen. Solche lägen im Angebot des Antragstellers vom 24.11.2011 vor. Auch der Auftraggeber hätte unter Heranziehung des objektiven Erklärungsmaßstabes von einem Abänderungsangebot ausgehen müssen. Daran könne auch die fehlende Bezeichnung als Abänderungsangebot nichts ändern. Der Antragsteller biete in seinem Angebot vom 24.11.2011 eine andere technische Lösung an als in seinem Angebot vom 25.10.2011. Der Wille des Antragstellers sei daher eindeutig auf die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung einerseits und einer geringen aber gleichwertigen technischen Abänderung der Leistung andererseits ausgerichtet gewesen. Andernfalls wäre auch nicht im Begleitschreiben der technische Unterschied herausgearbeitet worden. Der Antragsteller habe daher kein zweites Hauptangebot gelegt.

Die fehlende Bezeichnung des Angebotes des Antragstellers vom 24.11.2011 als Abänderungsangebot habe nicht zur Folge, dass dieses Angebot ebenfalls als Hauptangebot zu qualifizieren wäre. Nach der Judikatur des BVA und des Verwaltungsgerichtshofes würde auch eine ausdrückliche, aber unrichtige Bezeichnung eines Angebotes als Alternativangebot statt als Abänderungsangebot nicht zum Ausscheiden führen. Zudem sei die fehlende ausdrückliche Kennzeichnung als Abänderungsangebot als behebbarer Mangel zu qualifizieren. Die irrtümliche Legung eines (unzulässigen) Abänderungsangebotes sei nicht als zwingender Ausscheidungsgrund für das zusätzlich gelegte, zulässige und ausschreibungskonforme Hauptangebot zu werten. Außerdem seien Hauptangebote und Abänderungsangebote unabhängig voneinander auszuschneiden. Nach der Judikatur des VfGH sei das Ausscheiden von Alternativangeboten, die nicht in einer eigenen Ausarbeitung abgegeben worden seien, zulässig.

Der Aufbau der Ausschreibungsunterlagen und der diesbezüglichen Regelungen zu den Alternativ - und Abänderungsangeboten sei ungewöhnlich und verwirrend für die Bieter. Entgegen der üblichen Praxis würden in der gegenständlichen Ausschreibung den Positionen zu Alternativangeboten zwei Seiten über Eignungsnachweisbestimmungen folgen. Erst anschließend sei in der Position 00.11.21 Z. die Unzulässigkeit von Abänderungsangeboten geregelt. Unter der Position 00.11. 09 Z im Leistungsverzeichnis werde ungeachtet der Unzulässigkeit von Alternativangeboten wiederum geregelt, dass Alternativangebote als solche zu kennzeichnen und in

einer eigenen Ausarbeitung einzureichen seien. Verwirrend sei auch die Begründung in der Ausschreibung zur Unzulässigkeit von Alternativangeboten.

Die vom Auftraggeber zitierte Judikatur zur Unzulässigkeit von zwei Hauptangeboten sei nicht einschlägig. Eine entsprechende Regelung zu zwei Hauptangeboten sei nicht enthalten. Zudem sei weder das Billigstbieterprinzip gewählt, noch zwei Hauptangebote in der gegenständlichen Konstellation gelegt worden. Darüber hinaus sei dem Antragsteller die Zuschlagsentscheidung vom 20.01.2012 nicht per Fax bzw per E-Mail übermittelt worden. Ein Bieter gelte als im Verfahren verblieben, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden worden bzw sein Ausscheiden nicht bestandsfest geworden sei. Bisher sei das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers von der zuständigen Nachprüfungsbehörde nicht als rechtmäßig beurteilt worden. Der Auftraggeber wäre in der gegenständlichen Fallkonstellation verpflichtet gewesen, dem Antragsteller die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen. Dies sei auch erforderlich, wenn der Bieter ausgeschieden und danach die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben werde, bevor die Anfechtungsfrist für die Ausscheidensentscheidung abgelaufen sei. In einer solchen Fallkonstellation könne die Zuschlagsentscheidung gegenüber dem ausgeschiedenen Bieter nicht bestandsfest werden. Gemäß § 320 Abs. 2 BVergG sei ein Bieter berechtigt, das Ausscheiden gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung in einem Antrag innerhalb der für die Zuschlagsentscheidung eingeräumten Frist anzufechten, wenn die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in § 321 leg. cit. vorgesehene Frist sei. Der Antragsteller sei jedenfalls als verbleibender Bieter zu werten, so dass ihm die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen gewesen wäre. Der diesbezüglichen ausdrücklichen Aufforderung des Antragstellers sei der Auftraggeber nicht nachgekommen. Jedenfalls sei eine Zuschlagserteilung ohne Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an den Antragsteller absolut nichtig. Die vom Auftraggeber zitierte Judikatur zur Unzulässigkeit von zwei Hauptangeboten sei nicht einschlägig. Eine entsprechende Regelung zu zwei Hauptangeboten sei nicht enthalten. Zudem sei weder das Billigstbieterprinzip gewählt, noch zwei Hauptangebote in der gegenständlichen Konstellation gelegt worden. Darüber hinaus sei dem Antragsteller die Zuschlagsentscheidung vom 20.01.2012 nicht per Fax bzw per E-Mail übermittelt worden. Ein Bieter gelte als im Verfahren verblieben, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden worden bzw sein Ausscheiden nicht bestandsfest geworden sei. Bisher sei das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers von der zuständigen Nachprüfungsbehörde nicht als rechtmäßig beurteilt worden. Der Auftraggeber wäre in der gegenständlichen Fallkonstellation verpflichtet gewesen, dem Antragsteller die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen. Dies sei auch erforderlich, wenn der Bieter ausgeschieden und danach die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben werde, bevor die Anfechtungsfrist für die Ausscheidensentscheidung abgelaufen sei. In einer solchen Fallkonstellation könne die Zuschlagsentscheidung gegenüber dem ausgeschiedenen Bieter nicht bestandsfest werden. Gemäß Paragraph 320, Absatz 2, BVergG sei ein Bieter berechtigt, das Ausscheiden gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung in einem Antrag innerhalb der für die Zuschlagsentscheidung eingeräumten Frist anzufechten, wenn die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in Paragraph 321, leg. cit. vorgesehene Frist sei. Der Antragsteller sei jedenfalls als verbleibender Bieter zu werten, so dass ihm die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen gewesen wäre. Der diesbezüglichen ausdrücklichen Aufforderung des Antragstellers sei der Auftraggeber nicht nachgekommen. Jedenfalls sei eine Zuschlagserteilung ohne Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an den Antragsteller absolut nichtig.

In der mündlichen Verhandlung am 27.2.2012 erklärte der Geschäftsführer der A***, Angebote am 25.10.2011 und am 24.11.2011 auf Basis einer neuen Technologie (Abänderungsangebot) gelegt zu haben. Da er sich in D*** aufgehalten habe, hätte er für das Angebot vom 24.11.2011 den Stempel der C*** mit der Niederlassung in D*** verwendet. Aus der Bezeichnung "H****" (H****) gehe die Zusammenfassung aller Gewerke, die die A*** anbiete, hervor. Im Begleitschreiben des Angebotes vom 24.11.2011 (Seite 8) seien die I***, und die J*** enthalten. Diese schienen auch im Angebot vom 25.10.2011 auf. Bei den beiden Angebotserstellern handle es sich um dieselbe juristische Person, nämlich um die A***. Dies ergebe sich auch aus dem Firmenbuchauszug.

Der Auftraggeber gab an, dass nach Angebotsprüfung klar gewesen sei, dass zwei Angebote von derselben juristischen Person vorliegen würden. Aus den unterzeichneten Formblättern ergebe sich, dass es sich um zwei Angebote derselben juristischen Person handle.

Der Antragstellervertreter stellte klar, die A*** mit der Geschäftsadresse B***, zu vertreten. Bei der Adresse in D*** handle es sich um eine weitere Büroadresse der genannten juristischen Person. Die Adressbezeichnung des Antragstellers werde auf "B****" berichtigt.

Der Auftraggeber gab an, dass es sich beim Gesamtprojekt "Sanierung des Finanzministeriums" um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich (cirka Euro 137 Millionen - inkl. Ust) handle, wobei sich die Schätzkosten betreffend die gegenständliche Ausschreibung auf circa Euro 900.000 (exkl. Ust) belaufen würden. Die Ausscheidensentscheidung sei der A*** über eine Faxnummer an die Adressen in D*** und in B*** mitgeteilt worden. Bei der Angebotseröffnung sei der Auftraggeber von Angeboten verschiedener Unternehmen, nämlich der A*** in B*** und der C*** in D*** ausgegangen. Dies ergebe sich auch aus den Begleitschreiben zu den Angeboten. Die bei der Angebotsöffnung anwesende Vertreterin der A***, K***, habe sich dazu nicht geäußert. Eine Kennzeichnung als Abänderungs- oder Alternativangebote sei nicht vorgelegen. Erst im Zuge der Angebotsprüfung habe festgestellt werden können, dass es sich bei der A*** in B*** und in D*** um dasselbe Unternehmen handle. Nach Rechtsauskunft der Finanzprokurator seien die Angebote ausgeschieden worden, da es sich um Hauptangebote handle. Laut den Ausschreibungsunterlagen hätte statt des Leitproduktes ein gleichwertiges Produkt angeboten werden können. Während beim Angebot von 25.10.2011 das Leitprodukt angeboten worden sei, sei beim Angebot vom 24.11.2011 die entsprechende Bieterlücke ausgefüllt und damit nicht das Leitprodukt angeboten worden. Das angebotene Produkt im Angebot vom 24.11.2011 sei in technischer Hinsicht von den Ausschreibungsbestimmungen abgewichen. Es liege auf keinen Fall eine technische Gleichwertigkeit vor, sodass von zwei Hauptangeboten auszugehen sei. Vom Antragsteller seien im Angebotsschreiben die Formalkriterien für ein Abänderungs- bzw Alternativangebot nicht erfüllt worden. Der Auftraggeber betonte, dass dies sonst im Umkehrschluss bedeuten würde, dass das Ausfüllen einer Bieterlücke, nämlich ein Abweichen vom Leitprodukt, immer zu einem Abänderungsangebot führen würde. Nach Ansicht des Auftraggebers sei beim Billigstbieterprinzip, welches in der Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung bekannt gegeben worden sei, allein der Preis ausschlaggebend. In den Ausschreibungsunterlagen sei als Grund für die Unzulässigkeit von Alternativangeboten auf das geltende Billigstbieterprinzip hingewiesen worden. Anschließend seien drei Zuschlagskriterien genannt worden, sodass es sich nicht mehr um das Billigstbieterprinzip handle. Die Zuschlagsentscheidung sei nach wie vor aufrecht.

Auf Anfrage des Bundesvergabebeamtes übermittelte das Magistratische Bezirksamt für den 11. Bezirk in Wien am 28.2.2012 einen Auszug aus dem Zentralen Gewerberegister für den Gewerbeinhaber "A****" mit dem Standort B***, für das Gewerbe "Elektrotechnik (§ 210 GewO 1994)". In diesem waren die weiteren Betriebsstätten des genannten Gewerbeinhabers mit den Standorten für das Gewerbe "Elektrotechnik § 210 GewO 1994" in L*** (eingeschränkt auf Bürobetrieb), in M*** und in D***, aufgezählt. Auf Anfrage des Bundesvergabebeamtes übermittelte das Magistratische Bezirksamt für den 11. Bezirk in Wien am 28.2.2012 einen Auszug aus dem Zentralen Gewerberegister für den Gewerbeinhaber "A****" mit dem Standort B***, für das Gewerbe "Elektrotechnik (Paragraph 210, GewO 1994)". In diesem waren die weiteren Betriebsstätten des genannten Gewerbeinhabers mit den Standorten für das Gewerbe "Elektrotechnik Paragraph 210, GewO 1994" in L*** (eingeschränkt auf Bürobetrieb), in M*** und in D***, aufgezählt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes:

Die Burghauptmannschaft Österreich ist Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs. 2 Z 1 BVergG (vgl BVA 29.4.2011, N/0031-BVA/07/2011-10EV; 19.2.2007, N/0097-BVA/14/2006-44). Die Burghauptmannschaft Österreich ist Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG vergleiche BVA 29.4.2011, N/0031-BVA/07/2011-10EV; 19.2.2007, N/0097-BVA/14/2006-44).

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 4 BVergG einzustufen. Aufgrund des geschätzten Gesamtwertes aller Gewerke des Bauvorhabens "Generalsanierung Bundesministeriums für Finanzen", der laut Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung sich auf circa Euro 137.000.000,- inkl. Ust beläuft, ist der als Gewerk des genannten Bauvorhabens zu wertende gegenständliche Bauauftrag gemäß § 14 Abs.1 leg.cit. als ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich einzustufen. Dieses wird in Form eines offenen Verfahrens abgewickelt. Bisher wurde weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG einzustufen. Aufgrund des geschätzten Gesamtwertes aller Gewerke des Bauvorhabens "Generalsanierung Bundesministeriums für Finanzen", der laut Angaben des Auftraggebers in der

mündlichen Verhandlung sich auf circa Euro 137.000.000,-- inkl. Ust beläuft, ist der als Gewerk des genannten Bauvorhabens zu wertende gegenständliche Bauauftrag gemäß Paragraph 14, Absatz eins, leg.cit. als ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich einzustufen. Dieses wird in Form eines offenen Verfahrens abgewickelt. Bisher wurde weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG iVm Artikel 14b Abs. 2 Z 1 lit b B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14b Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, B-VG ist sohin gegeben.

Da der Nachprüfungsantrag darüber hinaus auch die formalen Voraussetzungen erfüllt, ist er als zulässig zu werten.

II. Antragslegitimation des Antragstellers gemäß § 320 Abs. 1 Z 1 BVergGrömsch zwei. Antragslegitimation des Antragstellers gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG

Im Firmenbuch wird der Antragsteller als A*** mit der I*** unter der Geschäftsadresse B***, mit dem Geschäftszweig "Elektroanlagenbau" geführt. Aus dem Gewerberegister ist ersichtlich, dass der Antragsteller weitere Betriebsstätten für das Gewerbe "Elektrotechnik § 210 GewO 1994" in L*** (eingeschränkt auf Bürobetrieb), in M*** und in D***, betreibt. Für die zuletzt genannte Betriebsstätte verwendete der Antragsteller offensichtlich im Firmenstempel die Bezeichnung "C***", die auch im Angebotsschreiben des Angebotes vom 24.11.2011 aufscheint, wie sich auch aus der nachvollziehbaren und glaubwürdigen Aussage des Antragstellers im der mündlichen Verhandlung vom 27.2.2012 ergab. Dazu führte der Antragsteller aus, sich in D*** aufgehalten zu haben und den Stempel der Niederlassung in D*** verwendet zu haben. Im Firmenbuch wird der Antragsteller als A*** mit der I*** unter der Geschäftsadresse B***, mit dem Geschäftszweig "Elektroanlagenbau" geführt. Aus dem Gewerberegister ist ersichtlich, dass der Antragsteller weitere Betriebsstätten für das Gewerbe "Elektrotechnik Paragraph 210, GewO 1994" in L*** (eingeschränkt auf Bürobetrieb), in M*** und in D***, betreibt. Für die zuletzt genannte Betriebsstätte verwendete der Antragsteller offensichtlich im Firmenstempel die Bezeichnung "C***", die auch im Angebotsschreiben des Angebotes vom 24.11.2011 aufscheint, wie sich auch aus der nachvollziehbaren und glaubwürdigen Aussage des Antragstellers im der mündlichen Verhandlung vom 27.2.2012 ergab. Dazu führte der Antragsteller aus, sich in D*** aufgehalten zu haben und den Stempel der Niederlassung in D*** verwendet zu haben.

Ein Vergleich des Schriftbildes der Unterschrift im Angebotsschreiben des Angebotes des Antragstellers vom 25.10.2011 wie auch dem der Unterschrift im Angebotsschreiben des Angebotes vom 24.11.2011 ergibt, dass die beiden genannten Angebote von derselben Person, nämlich Herrn F***, dem handelsrechtlichen Geschäftsführer der unter der I*** im Firmenbuch protokollierten A***, unterzeichnet worden sind. Es ist daher davon auszugehen, dass sowohl das Angebot des Antragstellers vom 25.10.2011 als auch das Angebot vom 24.11.2011 von derselben juristischen Person, nämlich der A*** gelegt worden sind. Als Bieter iSv § 2 Z 13 BVergG des Angebotes vom 25.10.2011 und des Angebotes vom 24.11.2011 ist in beiden Fällen die A***, in B***, zu werten. Als Bieter beider genannten Angebote ist der Antragsteller daher berechtigt, die am 19.1.2012 übermittelte Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers betreffend die beiden Angebote als gesondert anfechtbare Entscheidung iSv § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG zu bekämpfen. Ein Vergleich des Schriftbildes der Unterschrift im Angebotsschreiben des Angebotes des Antragstellers vom 25.10.2011 wie auch dem der Unterschrift im Angebotsschreiben des Angebotes vom 24.11.2011 ergibt, dass die beiden genannten Angebote von derselben Person, nämlich Herrn F***, dem handelsrechtlichen Geschäftsführer der unter der I*** im Firmenbuch protokollierten A***, unterzeichnet worden sind. Es ist daher davon auszugehen, dass sowohl das Angebot des Antragstellers vom 25.10.2011 als auch das Angebot vom 24.11.2011 von derselben juristischen Person, nämlich der A*** gelegt worden sind. Als Bieter iSv Paragraph 2, Ziffer 13, BVergG des Angebotes vom 25.10.2011 und des Angebotes vom 24.11.2011 ist in beiden Fällen die A***, in B***, zu werten. Als Bieter beider genannten Angebote ist der Antragsteller daher berechtigt, die am 19.1.2012 übermittelte Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers betreffend die beiden Angebote als gesondert anfechtbare Entscheidung iSv Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG zu bekämpfen.

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

III.1. Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen:römisch drei.1. Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen:

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018; 29.3.2006; ebenso BVA 13.7.2011, N/0066- BVA/04/2010-33, 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24, BVA 12.5.2009 N/0022- BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28 uva.).Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018; 29.3.2006; ebenso BVA 13.7.2011, N/0066- BVA/04/2010-33, 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24, BVA 12.5.2009 N/0022- BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28 uva.).

Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024, 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 13.7.2011, N/0066-BVA/04/2010-33; 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28 u.a.] aufgrund der oben wiedergegebenen, mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Bestimmungen (VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; 1.10.2008, 2005/04/2004) im Leistungsverzeichnis unter den Punkten 00.11.09C Z bzw 00.11.21 Z davon ausgehen, dass weder die Legung eines Alternativangebotes noch eines Abänderungsangebotes zulässig ist. Daran ändern auch die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Bestimmungen zur Legung von solchen unzulässigen Angeboten nichts, wie beispielsweise im Vordruck zum Angebotsschreiben unter Punkt 6.6, wonach etwaige Abänderungs- bzw Alternativangebote nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig, auf Firmenpapier zu verfassen und im Angebotsschreiben an der hierfür vorgesehenen Stelle als Beilage anzuführen sind oder die im Leistungsverzeichnis in der Position 00.11.09 Z enthaltenen Bestimmungen zu den Alternativangeboten, wonach diese als solche zu kennzeichnen und in einer eigenen Ausarbeitung einzureichen sind.

III.2. Angebot des Antragstellers vom 24.11.2011römisch drei.2. Angebot des Antragstellers vom 24.11.2011

III.2.1. Qualifikation als Alternativ- oder Abänderungsangebotrömisch drei.2.1. Qualifikation als Alternativ- oder Abänderungsangebot

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist - ebenso wie bei der Interpretation der Ausschreibung - für die Auslegung der Willenserklärung des Bieters der objektive Erklärungswert maßgeblich (vgl VwGH 25.1.2011, 2006/04/0200; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009- 39; 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009 uva). Entscheidend ist nicht die Absicht des Bieters, sondern der nach außen hin zum Ausdruck kommende objektive Erklärungswert der Willensäußerung.Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist - ebenso wie bei der Interpretation der Ausschreibung - für die Auslegung der Willenserklärung des Bieters der objektive Erklärungswert

maßgeblich vergleiche VwGH 25.1.2011, 2006/04/0200; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009- 39; 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009 uva). Entscheidend ist nicht die Absicht des Bieters, sondern der nach außen hin zum Ausdruck kommende objektive Erklärungswert der Willensäußerung.

Gemäß § 2 Z 1 BVergG sind Abänderungsangebote Angebote, die im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhalten, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht. Gemäß Paragraph 2, Ziffer eins, BVergG sind Abänderungsangebote Angebote, die im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhalten, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht.

Gemäß § 2 Z 2 leg.cit. sind Alternativangebote Angebote über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 2, leg.cit. sind Alternativangebote Angebote über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters.

Der objektive Erklärungswert des Angebotes des Antragstellers vom 24.11.2011 ergibt, dass der Antragsteller kein weiteres Hauptangebot, sondern ein Abänderungs- bzw Alternativangebot legte. Dies lässt sich daraus ableiten, dass der Antragsteller - anders als im Angebot vom 25.10.2011 - die technischen Abänderungen zu den Ausschreibungsbestimmungen im Leistungsverzeichnis in einem auf Firmenpapier verfassten Begleitschreiben seinem Angebot vom 24.11.2011 beilegte - wie dies in den Ausschreibungsbestimmungen unter Punkt 6.6 (Angebotsbestimmungen) des Angebotsschreibens für Abänderungs- bzw Alternativangebote festgelegt ist. Dieses sollte nur in Verbindung mit dem genannten Begleitschreiben gelten. Diese Interpretation findet auch Deckung in den Aussagen des Antragstellers in der mündlichen Verhandlung am 27.2.2012, im Angebot vom 24.11.2011 eine andere technische Lösung als im Hauptangebot vom 25.10.2011 angeboten zu haben.

Aus dem Begleitschreiben zum Angebot vom 24.11.2011 ging hervor, dass das Produkt "Stübersystem" als Leit- und Orientierungssystem geboten wird. Dass der Antragsteller auch die diesbezüglichen Bieterlücken im Leistungsverzeichnis ausgefüllt hat, ist darauf zurückzuführen, dass gemäß den Ausschreibungsbestimmungen unter Punkt 6.4. zum Angebotsschreiben ein Bieter die Vordrucke hinsichtlich Einheitspreis und Bieterlücke vollständig auszufüllen hat. Der Antragsteller hat auch im Vordruck die diesbezüglichen Bieterlücken in den oben genannten Positionen des Leistungsverzeichnisses [Position 21.01.06 Z (Minis PC), Position 21.01.02 Z (Mini PC für 3D Visualisierung), Position 21.01.08 Z (Software Leitsystem), Position 21.01.09 Z (Software 3D Map erstellen), Position 21.01.10 Z (Software Wegeauskunft via Email) und Position 21.01.11 Z (Software Integration Schnittstelle EVVA)] unter der Rubrik "Angebotenes Erzeugnis" mit dem Hinweis auf das Stübersystem ausgefüllt.

Der Antragsteller hat es offensichtlich verabsäumt - wie unter Punkt 17 (Bestimmungen zu den dem Angebot angeschlossenen Beilagen) für Unterpunkt 17.8. (Abänderungsangebot) bzw 17.9 (Alternativangebot) festgehalten - in dem dafür vorgesehenen Kästchen die Blattanzahl anzugeben. Auch aus dem Umstand, dass der Antragsteller das für das Abänderungs- bzw Alternativangebot vorgesehene Kästchen nicht alternativ dazu durchgestrichen hat, kann nicht ausgeschlossen werden, dass er kein Abänderungs- bzw Alternativangebot, sondern nur ein weiteres Hauptangebot - wie vom Auftraggeber in seinen Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung vom 27.2.2012 vertreten - gelegt hätte.

Ebenso wenig wie ein Angebot mit einer falschen Bezeichnung als Alternativangebot statt als Abänderungsangebot in ein unzulässiges Angebot umgewandelt wird (vgl VwGH 22.11.2011, 2007/04/0078; BVA 19.2.2007, N/0097-BVA/14/2006-44), kann der Umstand der fehlenden formalen Bezeichnung eines Angebotes als Abänderungs- bzw Alternativangebot ein materiell als Abänderungs- bzw Alternativangebot zu qualifizierendes Angebot in ein weiteres Hauptangebot umwandeln. Es ist daher entgegen der Ansicht des Auftraggebers beim Angebot des Antragstellers vom 24.11.2011 nicht vom Vorliegen eines zweiten. Ebenso wenig wie ein Angebot mit einer falschen Bezeichnung als Alternativangebot statt als Abänderungsangebot in ein unzulässiges Angebot umgewandelt wird vergleiche VwGH 22.11.2011, 2007/04/0078; BVA 19.2.2007, N/0097-BVA/14/2006-44), kann der Umstand der fehlenden formalen Bezeichnung eines Angebotes als Abänderungs- bzw Alternativangebot ein materiell als Abänderungs- bzw Alternativangebot zu qualifizierendes Angebot in ein weiteres Hauptangebot umwandeln. Es ist daher entgegen der Ansicht des Auftraggebers beim Angebot des Antragstellers vom 24.11.2011 nicht vom Vorliegen eines zweiten

Hauptangebotes auszugehen.

Darüber hinaus hätte der Auftraggeber im Zweifelsfall gemäß § 126 Abs 1 BVergG den Antragsteller zur Aufklärung auffordern müssen. Es ist nicht Aufgabe des Bundesvergabeamtes fiktiv zu prüfen, wie sich der Antragsteller in einem solchen Fall verhalten hätte (vgl in diesem Zusammenhang VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201; 18.3.2009, 2007/04/0095; BVA 10.2.2010, N/0119- BVA/04/2009-31), vielmehr wäre es Aufgabe des Auftraggebers, die entsprechenden Schritt im Zweifelsfall einzuleiten. Darüber hinaus hätte der Auftraggeber im Zweifelsfall gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG den Antragsteller zur Aufklärung auffordern müssen. Es ist nicht Aufgabe des Bundesvergabeamtes fiktiv zu prüfen, wie sich der Antragsteller in einem solchen Fall verhalten hätte vergleiche in diesem Zusammenhang VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201; 18.3.2009, 2007/04/0095; BVA 10.2.2010, N/0119- BVA/04/2009-31), vielmehr wäre es Aufgabe des Auftraggebers, die entsprechenden Schritt im Zweifelsfall einzuleiten.

III.2.2. Qualifikation als Hauptangebot römisch drei.2.2. Qualifikation als Hauptangebot

Selbst wenn das Angebot des Antragstellers vom 24.11.2011 als weiteres Hauptangebot zu qualifizieren wäre, hätte dies auf Grund der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers vom 25.10.2011 zur Konsequenz. Die Behandlung der Beschwerde die Entscheidung des Bundesvergabeamtes betreffend, wonach die Legung zweier Hauptangebote durch einen Bieter nicht den Bestimmungen des BVergG widerspreche (vgl BVA 27.2.2012, N/0029-BVA/06/2007- 112, Grasböck, ZVB 2007, 213ff), wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 28.9.2011, 2007/04/0130, 0150 abgelehnt. Damit wurde die angefochtene Entscheidung des Bundesvergabeamtes zur Zulässigkeit der Legung zweier Hauptangebote durch einen Bieter bestätigt. Auch die deutsche Judikatur (vgl OLG Düsseldorf Beschluss 9.3.2011, Verg 52/10) qualifiziert die Legung mehrerer in technischer Hinsicht unterschiedlicher Hauptangebote durch einen Bieter für zulässig. Selbst wenn das Angebot des Antragstellers vom 24.11.2011 als weiteres Hauptangebot zu qualifizieren wäre, hätte dies auf Grund der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers vom 25.10.2011 zur Konsequenz. Die Behandlung der Beschwerde die Entscheidung des Bundesvergabeamtes betreffend, wonach die Legung zweier Hauptangebote durch einen Bieter nicht den Bestimmungen des BVergG widerspreche vergleiche BVA 27.2.2012, N/0029-BVA/06/2007- 112, Grasböck, ZVB 2007, 213ff), wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 28.9.2011, 2007/04/0130, 0150 abgelehnt. Damit wurde die angefochtene Entscheidung des Bundesvergabeamtes zur Zulässigkeit der Legung zweier Hauptangebote durch einen Bieter bestätigt. Auch die deutsche Judikatur vergleiche OLG Düsseldorf Beschluss 9.3.2011, Verg 52/10) qualifiziert die Legung mehrerer in technischer Hinsicht unterschiedlicher Hauptangebote durch einen Bieter für zulässig.

III.2.3. Nichtigerklärung gemäß § 325 BVergG römisch drei.2.3. Nichtigerklärung gemäß Paragraph 325, BVergG

Da - wie oben dargestellt - vom Auftraggeber rechtswidriger Weise das Angebot des Antragstellers vom 25.10.2011 ausgeschieden wurde, wurde der Antragsteller in seinen geltend gemachten Rechten verletzt. Da darüber hinaus die aufgezeigte Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss iSd § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG ist, und nicht auszuschließen ist, dass in der Folge ein anderer Bieter als der derzeitige präsumtive Zuschlagsempfänger für die Zuschlagsentscheidung in Frage kommt, ist auch vom Vorliegen der Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeit iSv § 325 Abs.1 Z 2 BVergG auszugehen (vgl VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; ebenso BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32; 8.4.2009, N/0016-BVA/04/2009-15; 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; u.a.). Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. Da - wie oben dargestellt - vom Auftraggeber rechtswidriger Weise das Angebot des Antragstellers vom 25.10.2011 ausgeschieden wurde, wurde der Antragsteller in seinen geltend gemachten Rechten verletzt. Da darüber hinaus die aufgezeigte Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist, und nicht auszuschließen ist, dass in der Folge ein anderer Bieter als der derzeitige präsumtive Zuschlagsempfänger für die Zuschlagsentscheidung in Frage kommt, ist auch vom Vorliegen der Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeit iSv Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszugehen vergleiche VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; ebenso BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32; 8.4.2009, N/0016-BVA/04/2009-15; 24.9.2008, N/0112- BVA/04/2008-26; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; u.a.). Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Zu Spruchpunkt II: römisch vier. Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende

Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit entrichtete Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit entrichtete Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Wie sich aus Spruchpunkt I ergibt, hat der Antragsteller im Sinne von § 319 Abs. 1 BVergG obsiegt. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. Wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt, hat der Antragsteller im Sinne von Paragraph 319, Absatz eins, BVergG obsiegt. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am

11.04.2012

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