

TE Verg Bescheid 2011/12/19 N/0110-BVA/09/2011-33

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.12.2011

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §70 Abs1 Z4

BVergG 2006 §75 Abs5

BVergG 2006 §131 Abs1

BVergG 2006 §132 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

BVergG 2006 §321 Abs4

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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

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 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 132 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung Schallabsorber (ZI 690.150/1119-306/2011)" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, dieser vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Hofburg, Schweizerhof, 1010 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung Schallabsorber (ZI 690.150/1119-306/2011)" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, dieser vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Hofburg, Schweizerhof, 1010 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

Spruch

I. römisch eins.

Dem Antrag auf "Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 18.10.2011 zugunsten des Angebotes der B***", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, dieser vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Hofburg, Schweizerhof, 1010 Wien, vom 18.10.2011 zugunsten der B***, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 70, 75, 123, 129, 131, 132, 320, 325 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 70, 75, 123, 129, 131, 132, 320, 325, BVergG

Il.römisch zwei.

Dem Antrag auf "Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 Abs 3 BVergG, sodass ausgesprochen wird, die Republik Österreich (Bund) ist schuldig, die der Antragstellerin durch den Nachprüfungsantrag entstandenen Antragsgebühren im gesetzlichen Ausmaß zu Händen ihrer Rechtsvertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird stattgegeben. Dem Antrag auf "Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG, sodass ausgesprochen wird, die Republik Österreich (Bund) ist schuldig, die der Antragstellerin durch den Nachprüfungsantrag entstandenen Antragsgebühren im gesetzlichen Ausmaß zu Händen ihrer Rechtsvertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeber Republik Österreich (Bund) hat der A*** binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides zu Händen ihrer Rechtsvertreter die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 2.627,--, zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch X***, stellte mit Schriftsatz vom 28. Oktober 2011 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wie im Spruch wiedergegeben. Ferner stellte die Antragstellerin Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht.

Mit Schriftsatz vom 28. Oktober 2011 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass es sich um einen Lieferauftrag handle, der im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden solle. Der Ausschreibungsgegenstand umfasse im Wesentlichen die Lieferung von Schallabsorbern.

In Position 001113H des Leistungsverzeichnisses habe der Auftraggeber festgelegt, dass die Bieter mit ihrem Angebot zwingend zumindest drei Referenzen nachzuweisen hätten. Konkret sei Folgendes festgelegt:

- -Strichaufzählung
eine Referenz Schallabsorber in Bürogebäuden mit einem Auftragswert von EUR 300.000,-- exkl USt, abgewickelt innerhalb der letzten 5 Jahre sowie
- -Strichaufzählung
weitere 2 Referenzen Schallabsorber in Bürogebäuden mit einem Auftragswert von je EUR 100.000,-- exkl. USt, abgewickelt innerhalb der letzten 10 Jahre, gemäß beigefügtem Referenzblatt zu erbringen.

Wenn die beschriebenen Mindest- Referenzen nicht nachgewiesen werden können, wird das Angebot ausgeschieden.

Darüber hinaus habe der Auftraggeber in Position 7000 des LV samt den darin enthaltenen Sub-Positionen detaillierte technische Spezifikationen festgelegt, die der zu liefernde Schallabsorber zu erfüllen habe. Von entscheidender Bedeutung sei folgende Festlegung (Pos 700010B):

Die Absorptionsgrade der Absorber sind mit Prüfzeugnissen eines anerkannten Prüfinstituts, verfasst in deutscher Sprache, mit der Abgabe des Angebotes nachzuweisen. Ebenso sind die Absorber selbst mit technischen Dokumentationen, Prospektmaterial und (auf Anforderung) Mustern zu dokumentieren.

Ferner habe der Auftraggeber in Position 701010 des LV weitere wesentliche Spezifikationen festgelegt:

Mit Standardverglasung (12mm ESG) haben die aufgesetzten Elemente eine Schalldämmung von 45 dB zu erreichen. Dieser Wert ist durch ein Prüfzeugnis nachzuweisen. Qualität, Lochbild, Aufbau und Absorption wie in den Vorbemerkungen beschrieben.

Mit Telefax vom 19.8.2011 habe die Antragstellerin gegenüber dem Auftraggeber in Bezug auf die technischen Spezifikationen, die der zu lieferende Schallabsorber zu erfüllen habe, einige Fragen gestellt. Unter anderem sei gefragt worden, ob der Auftraggeber ein mögliches Produkt und einen Hersteller quasi als Beispiel-Schallabsorber benennen könne, welche die geforderten technischen Spezifikationen erfüllen würden.

Der Auftraggeber habe durch die M*** vom 23.8.2011 die Fragen beantwortet. Es sei jedoch keine abschließende Klärung herbeigeführt worden. Auch die Frage nach allfälligen Beispiel-Schallabsorbern sei nicht beantwortet worden. Die Architekten hätten lediglich zwei Beispiele für Dämmstoffe wie folgt mitgeteilt:

[....]. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit geben wir ihnen beispielhaft zwei Lieferfirmen bekannt:

- -Strichaufzählung
O*** GmbH, XXXX Deutschland O*** GmbH, römisch 40 Deutschland
- -Strichaufzählung
P*** GmbH, XXXX Deutschland P*** GmbH, römisch 40 Deutschland

Die Antragstellerin habe am 1.9.2011 ein ausschreibungs- und vergaberechtskonformes Angebot gelegt. Im Begleitschreiben zu diesem Angebot sei unter anderem darauf hingewiesen worden, dass allfällige von den Mitbewerbern angebotenen Schallabsorber des Herstellers P*** nicht die im LV geforderten Spezifikationen erfüllen würden. Nach den Informationen der Antragstellerin gebe es für diese Schallabsorber nämlich insbesondere nicht die vom Auftraggeber geforderten Prüfzeugnisse eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstituts. Darüber hinaus würden mit diesen Schallabsorbern nach den Informationen der Antragstellerin weitere technische Spezifikationen des LV nicht erfüllt. Auf die konkreten Spezifikationen sei ausdrücklich hingewiesen worden und durch entsprechende Anlagen auch nachgewiesen worden. Nach Ansicht der Antragstellerin bestehe durch die beispielhafte Nennung der Dämmstoffe des Herstellers P*** im Schreiben der Architekten vom 23.8.2011 die Gefahr, dass bei den Mitbewerbern Missverständnisse verursacht werden könnten. Bei einer unreflektierten Lektüre dieses Schreibens hätte ein Mitbewerber leicht annehmen können, dass der Auftraggeber auch Schallabsorber des Herstellers P*** für ausschreibungskonform erachte. Dies sei jedoch nicht der Fall, da die Architekten im Schreiben vom 23.8.2011 nur beispielhaft Dämmstoffe, jedoch nicht Schallabsorber als solche, genannt habe.

Die Angebotsöffnung habe ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin preislich an dritter Stelle gereiht sei. Die Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin mit Telefax vom 18.10.2011 bekanntgegeben worden. Der konkrete Inhalt dieser Zuschlagsentscheidung laute wie folgt:

Die Burghauptmannschaft Österreich teilt unter Bezugnahme auf das BVergG 2006, § 131 wie folgt mit: Die Burghauptmannschaft Österreich teilt unter Bezugnahme auf das BVergG 2006, Paragraph 131, wie folgt mit:

1. 1.Ziffer eins
Die Stillhaltefrist endet am 1.11.2011, 24.00 Uhr.
2. 2.Ziffer 2
Begründung für die Nichtannahme ihres Angebotes:
Angebotspreis
3. 3.Ziffer 3
Vergabesumme: Euro XXXX,-- (inkl. MWSt) Vergabesumme: Euro römisch 40 ,-- (inkl. MWSt)
4. 4.Ziffer 4
Der Zuschlag soll an Fa B*** erteilt werden.
5. 5.Ziffer 5
Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes:
Angebotspreis

Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise sei ihrem Angebot der Zuschlag zu erteilen. Den Informationen der Antragstellerin nach, hätten sowohl der präsumtive Zuschlagsempfänger als auch der preislich zweitgereichte Bieter kein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und damit letztlich in der Chance auf Erlangung des Zuschlags, beeinträchtigt. Durch die rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers werde die Antragstellerin generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformes

Vergabeverfahrens verletzt und zwar insbesondere in ihrem Recht auf:

1. a)Litera a
Gleichbehandlung aller Bieter insbesondere bei der Angebotsprüfung und Billigstbieterermittlung,
2. b)Litera b
Beachtung der vergaberechtlichen Selbstbindung der Auftraggeberin an ihre eigenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen und zwar im Hinblick auf die anzubietenden Schallabsorber,
3. c)Litera c
darauf, dass der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform gemäß § 131 Abs. 1 BVergG inhaltlich klar und hinreichend konkret - insbesondere im Hinblick auf die gesetzteskonforme Dauer der Stillhaltefrist - mitteile, darauf, dass der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG inhaltlich klar und hinreichend konkret - insbesondere im Hinblick auf die gesetzteskonforme Dauer der Stillhaltefrist - mitteile,
4. d)Litera d
Ausschluss der B*** wegen Vorliegens von Ausscheidensgründen,
5. e)Litera e
Ausschluss aller Mitbewerber, die nicht ausschreibungskonforme Schallabsorber angeboten oder einen sonstigen Ausscheidungsgrund erfüllt hätten
6. f)Litera f
darauf, in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erlangen und
7. g)Litera g
Durchführung eines Vergabeverfahrens, das insbesondere den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs sowie des Transparenzgebotes entspreche.

In der europaweiten Bekanntmachung und am Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen sei festgelegt, dass die Burghauptmannschaft Österreich Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei. Da diese als Organisation dem BMWFJ zuzuordnen sei, gelte in formalrechtlicher Hinsicht die Republik Österreich (Bund) als Auftraggeber.

Zur formellen Vergaberechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

Die Zuschlagsentscheidung vom 18.10.2011 sei bereits aus formellen Gründen vergaberechtswidrig und daher für nichtig zu erklären. Nach Mitteilung des Auftraggebers würde die Stillhaltefrist am 1.11.2011, 24.00 Uhr, enden. Nach §132 Abs. 1 BVergG betrage die Stillhaltefrist jedoch 10 Tage. Folglich ende diese bereits am 28.10.2011, 24.00 Uhr. Diese Mitteilung des Auftraggebers widerspreche daher den gesetzlichen Vorgaben. Ein Bieter, der auf die mitgeteilte Stillhaltefrist vertrauen würde, würde seine rechtlichen Möglichkeiten auf Einbringung eines Nachprüfungsantrages aufgrund von Verfristung verlieren. Hätte die Antragstellerin tatsächlich auf die Mitteilung des Auftraggebers vertraut, wäre der Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen worden. Die Zuschlagsentscheidung sei bereits deshalb für nichtig zu erklären. Die Zuschlagsentscheidung vom 18.10.2011 sei bereits aus formellen Gründen vergaberechtswidrig und daher für nichtig zu erklären. Nach Mitteilung des Auftraggebers würde die Stillhaltefrist am 1.11.2011, 24.00 Uhr, enden. Nach §132 Absatz eins, BVergG betrage die Stillhaltefrist jedoch 10 Tage. Folglich ende diese bereits am 28.10.2011, 24.00 Uhr. Diese Mitteilung des Auftraggebers widerspreche daher den gesetzlichen Vorgaben. Ein Bieter, der auf die mitgeteilte Stillhaltefrist vertrauen würde, würde seine rechtlichen Möglichkeiten auf Einbringung eines Nachprüfungsantrages aufgrund von Verfristung verlieren. Hätte die Antragstellerin tatsächlich auf die Mitteilung des Auftraggebers vertraut, wäre der Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen worden. Die Zuschlagsentscheidung sei bereits deshalb für nichtig zu erklären.

Der Auftraggeber könne die korrekte Stillhaltefrist im laufenden Nachprüfungsverfahren nicht einfach "nachreichen". Der VwGH habe nämlich erkannt, dass eine vollständige Begründung im Sinne des §131 BVergG bereits unmittelbar in der Zuschlagsentscheidung enthalten sein müsse und nicht später nachgeholt werden könne (VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081). Eine solche manipulierende und irreführende Vorgehensweise dürfe nicht dadurch belohnt werden, dass die korrekte Stillhaltefrist noch im Nachprüfungsverfahren nachgereicht werden dürfe. Aus diesen Gründen müsse die Zuschlagsentscheidung bereits bei Übersendung an die Bieter vollständig und gesetzteskonform auch im Hinblick auch die Stillhaltefrist begründet sein.

Zur materiellen Vergaberechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

Wie bereits ausgeführt, müssten die Bieter mit dem Angebot zumindest 3 Referenzen betreffend die Abwicklung von Schallabsorbern im Bürogebäude nachweisen. Die Antragstellerin verfüge über umfassende Kenntnisse des gesamten entsprechenden europäischen Bietermarktes. Der präsuntive Zuschlagsempfänger sei als Lieferant der ausgeschriebenen Schallabsorber gänzlich unbekannt. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger die geforderten Referenzen nicht nachgewiesen habe und daher wegen fehlender technischer Leistungsfähigkeit gemäß §129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuscheiden gewesen wäre. Das BVA möge prüfen, ob der präsuntive Zuschlagsempfänger tatsächlich 3 Referenzen nachgewiesen habe, mit denen die Mindestanforderungen gemäß Position 001113H des Leistungsverzeichnisses erfüllt würden. Wie bereits ausgeführt, müssten die Bieter mit dem Angebot zumindest 3 Referenzen betreffend die Abwicklung von Schallabsorbern im Bürogebäude nachweisen. Die Antragstellerin verfüge über umfassende Kenntnisse des gesamten entsprechenden europäischen Bietermarktes. Der präsuntive Zuschlagsempfänger sei als Lieferant der ausgeschriebenen Schallabsorber gänzlich unbekannt. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger die geforderten Referenzen nicht nachgewiesen habe und daher wegen fehlender technischer Leistungsfähigkeit gemäß §129 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuscheiden gewesen wäre. Das BVA möge prüfen, ob der präsuntive Zuschlagsempfänger tatsächlich 3 Referenzen nachgewiesen habe, mit denen die Mindestanforderungen gemäß Position 001113H des Leistungsverzeichnisses erfüllt würden.

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass sowohl der präsuntive Zuschlagsempfänger als auch der preislich zweitgereichte Bieter jeweils Schallabsorber des Herstellers P*** angeboten hätten

Für die Schallabsorber des Hersteller P*** würden die in den Positionen 700010B und 701010 des LV geforderten Prüfzeugnisse eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstitutes nicht existieren. Mit einem angebotenen Schallabsorber des Herstellers P*** könnte bereits die Anforderung in Position 700010B und 701010 des LV dem Grunde nach nicht erfüllt werden. Zusätzlich würden die Schallabsorber von P*** auch die folgenden inhaltlichen Spezifikationen des LV nicht erfüllen:

- -Strichaufzählung
Kein prüfnormkonformes vollständiges Prüfzeugnis nach DIN EN ISO 354 für den prüfnormkonformen Aufbau des Glaswand-Schallabsorbers GwSAbs (Lochblechabsorber) eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstitutes
- -Strichaufzählung
Kein prüfnormkonformes vollständiges Prüfzeugnis nach DIN EN ISO 354 für den prüfnormkonformen Aufbau des Wand - Schallabsorbers WSAbs (textilbespannter Lochblechabsorber) eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstitutes
- -Strichaufzählung
Kein prüfnormkonformes vollständiges Prüfzeugnis nach DIN EN ISO10140-2: 2010- 12 für den Schalldämmwert von 45 dB des Wandaufbaus (GwSAbs/ESG 12mm/GwSAbs) eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstitutes
- -Strichaufzählung
Keine prüfnormkonformen vollständigen Prüfzeugnisse nach DIN EN ISO 354 für die hohen Absorptionsgrade von 63 Hz bis 2000 Hz für die GwSAbs und WSAbs eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstitutes

Dennoch habe der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zugunsten eines Bieters bekanntgegeben, der offensichtlich Schallabsorber des Herstellers P*** angeboten habe. Das BVA möge prüfen, ob der präsuntive Zuschlagsempfänger tatsächlich Schallabsorber des Herstellers P*** angeboten habe. Weiters sei zu prüfen, ob die in den Positionen 700010B und 701010 des LV geforderten Prüfzeugnisse eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstitutes tatsächlich vorliegen würden.

Mit Schriftsatz vom 2. November 2011 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber des Beschaffungsvorhabens "Lieferung Schallabsorber" sei die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend. Vergebende Stelle sei die Burghauptmannschaft Österreich.

Es handle sich um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf Euro XXXX,-- exkl USt. Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren nach

dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Das Verfahren sei österreichweit und EU-weit am 11.7.2011 bekannt gemacht worden. Es handle sich um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf Euro römisch 40 ,-- exkl USt. Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Das Verfahren sei österreichweit und EU-weit am 11.7.2011 bekannt gemacht worden.

Die Öffnung der Angebote habe am 2.9.2011 stattgefunden. Das Angebot der Antragstellerin sei an dritter Stelle gereiht.

Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 18.10.2011 an alle im Verfahren verbliebenen Bieter erfolgt. Das Verfahren befinde sich derzeit im Stadium der Stillhaltefrist nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Eine Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, der Zuschlag nicht erteilt worden. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden.

Mit Schriftsatz vom 7. November 2011 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger vertreten durch Y***, begründete Einwendungen und brachte im Wesentlichen vor, dass Gegenstand des Vergabeverfahrens lediglich die Lieferung des Produktes "Schallabsorber" sei. Für die Montage habe der präsumtive Zuschlagsempfänger bereits den Auftrag erhalten.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin habe der präsumtive Zuschlagsempfänger die geforderten Referenzen erbracht. Er habe drei Referenzen für das angebotene Produkt des Herstellers P*** GmbH vorgelegt.

Ebenso unrichtig sei, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die geforderten Prüfzeugnisse für das angebotene Produkt nicht vorgelegt habe. Er habe sämtliche geforderten Prüfzeugnisse vorgelegt und würden diese bestätigen, dass das angebotene Produkt zumindest die Ausschreibungskriterien erfülle.

Es sei somit festzuhalten, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers den Ausschreibungskriterien entspreche. Auch die entsprechenden Urkunden und Referenzen seien vorgelegt worden.

Zuzugestehen sei, dass gemäß § 132 Abs 1 BVergG die Stillhaltefrist zehn Tage betrage. Gemäß § 132 Abs 1 BVergG dürfe der Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen. Ein Zuschlag an den präsumtiven Zuschlagsempfänger sei nicht erfolgt. Eine sonstige Beeinträchtigung der Interessen der Antragstellerin könne durch die "Verlängerung" der Stillhaltefrist nicht erkannt werden. Die Stillhaltefrist habe keinerlei Einfluss auf die Frist zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Zuzugestehen sei, dass gemäß Paragraph 132, Absatz eins, BVergG die Stillhaltefrist zehn Tage betrage. Gemäß Paragraph 132, Absatz eins, BVergG dürfe der Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen. Ein Zuschlag an den präsumtiven Zuschlagsempfänger sei nicht erfolgt. Eine sonstige Beeinträchtigung der Interessen der Antragstellerin könne durch die "Verlängerung" der Stillhaltefrist nicht erkannt werden. Die Stillhaltefrist habe keinerlei Einfluss auf die Frist zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Mit Schriftsatz vom 15. November 2011 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass hinsichtlich der Bekanntgabe der Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung keine formale Vergaberechtswidrigkeit bestehe, da der Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen dürfe (§ 132 BVergG). Die Fristen für Nachprüfungsanträge seien hingegen in § 321 BVergG geregelt. Mit Schriftsatz vom 15. November 2011 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass hinsichtlich der Bekanntgabe der Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung keine formale Vergaberechtswidrigkeit bestehe, da der Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen dürfe (Paragraph 132, BVergG). Die Fristen für Nachprüfungsanträge seien hingegen in Paragraph 321, BVergG geregelt.

Zum Zeitpunkt der Ausschreibung sei die Montage der zu lieferenden Absorber bereits beauftragt gewesen.

Die technische Leistungsfähigkeit des Billigstbieters sei über den Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) abgefragt und geprüft worden.

Die vom Bieter vorgelegten Referenzen würden nachweisen, dass Schallabsorber in der geforderten Qualität und im notwendigen Umfang geliefert werden könnten.

In Pos. 700010B Z sei Folgendes festgelegt:

Die Absorptionsgrade der Absorber sind mit Prüfzeugnissen eines anerkannten Prüfinstitutes, verfasst in deutscher Sprache, mit der Abgabe des Angebotes nachzuweisen. Ebenso sind die Absorber selbst mit technischen Dokumentationen, Prospektmaterial und (auf Anforderung) Mustern zu dokumentieren.

Das in dieser Position geforderte Prüfzeugnis eines anerkannten Prüfinstitutes sei vom Billigstbieter vorgelegt worden (siehe Beilage ./1).

In Pos. 701010 der Ausschreibung sei Folgendes festgelegt:

Absorberkassetten, Aufbauhöhe 80mm, beidseitig direkt auf das Glas der Trennwand montiert (abgerechnet die Ansichtsfläche der Absorberkassetten je Ansichtsseite), Absorberkassette und Absorptionswerte wie beschrieben. Mit der Standardverglasung (12 mm ESG) haben die aufgesetzten Elemente eine Schalldämmung von 45dB zu erreichen. Dieser Wert ist durch ein Prüfzeugnis nachzuweisen. Qualität, Lochbild, Aufbau und Absorption wie in den Vorbemerkungen beschrieben.

Das in dieser Position geforderte Prüfzeugnis sei vom Billigstbieter vorgelegt worden (siehe Beilage ./2).

Mit Schriftsatz vom 23. November 2011 erstattete die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber unterstelle, die inhaltlich unrichtige Mitteilung der Zuschlagsentscheidung hätte vergaberechtlich keinerlei Konsequenzen. Dieses Vorbringen sei jedoch unzutreffend. Der Verwaltungsgerichtshof habe entschieden, dass eine Zuschlagsentscheidung, die nicht den Anforderungen des § 131 BVergG entspreche, eine objektiv rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers sei, die dem Bieter in seinem Recht auf Bekanntgabe der Informationen gemäß § 131 BVergG verletze. Bereits deshalb sei die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Die unrichtig mitgeteilte Stillhaltefrist vermittle den Bietern den unzutreffenden Eindruck, sie hätten für die Einbringung eines Nachprüfungsantrages länger Zeit zur Verfügung, als es tatsächlich der Fall gewesen sei. Eine Auslegung des Inhalts, dass der Auftraggeber immer eine unrichtige Stillhaltefrist mitteilen könne, ohne dass damit rechtliche Konsequenzen verbunden werden, sei abzulehnen. Damit würde man dem Gesetzgeber unterstellen, er hätte mit § 131 Abs 1 BVergG eine Regelung ohne inhaltliche Bedeutung erlassen. Dem Gesetzgeber dürfe jedoch nicht unterstellt werden, sinnlose Vorschriften zu erlassen. Insofern sei § 132 BVergG, der eine Zuschlagserteilung innerhalb der Stillhaltefrist ausschließe, eine von der Mitteilungspflicht des § 131 Abs 1 leg. cit. grundlegend zu unterscheidende Regelung. Aus § 132 BVergG sei für den Auftraggeber nichts zu gewinnen. Mit Schriftsatz vom 23. November 2011 erstattete die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber unterstelle, die inhaltlich unrichtige Mitteilung der Zuschlagsentscheidung hätte vergaberechtlich keinerlei Konsequenzen. Dieses Vorbringen sei jedoch unzutreffend. Der Verwaltungsgerichtshof habe entschieden, dass eine Zuschlagsentscheidung, die nicht den Anforderungen des Paragraph 131, BVergG entspreche, eine objektiv rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers sei, die dem Bieter in seinem Recht auf Bekanntgabe der Informationen gemäß Paragraph 131, BVergG verletze. Bereits deshalb sei die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Die unrichtig mitgeteilte Stillhaltefrist vermittle den Bietern den unzutreffenden Eindruck, sie hätten für die Einbringung eines Nachprüfungsantrages länger Zeit zur Verfügung, als es tatsächlich der Fall gewesen sei. Eine Auslegung des Inhalts, dass der Auftraggeber immer eine unrichtige Stillhaltefrist mitteilen könne, ohne dass damit rechtliche Konsequenzen verbunden werden, sei abzulehnen. Damit würde man dem Gesetzgeber unterstellen, er hätte mit Paragraph 131, Absatz eins, BVergG eine Regelung ohne inhaltliche Bedeutung erlassen. Dem Gesetzgeber dürfe jedoch nicht unterstellt werden, sinnlose Vorschriften zu erlassen. Insofern sei Paragraph 132, BVergG, der eine Zuschlagserteilung innerhalb der Stillhaltefrist ausschließe, eine von der Mitteilungspflicht des Paragraph 131, Absatz eins, leg. cit. grundlegend zu unterscheidende Regelung. Aus Paragraph 132, BVergG sei für den Auftraggeber nichts zu gewinnen.

Nach den Informationen der Antragstellerin seien für den präsumtiven Zuschlagsempfänger im ANKÖ keine Referenzen hinterlegt, welche die Anforderungen der Position 001113H des LV erfüllen würden. Es werde daher gegenüber dem BVA der Antrag gestellt, von Amts wegen zu prüfen, ob der präsumtive Zuschlagsempfänger tatsächlich auf andere Weise als den ANKÖ drei Referenzen nachgewiesen habe, die jeweils die Anforderungen der Position 001113H des LV erfüllten würden.

Nach den der Antragstellerin vorliegenden Informationen sei davon auszugehen, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuscheiden sei, da es für die von ihm angebotenen Schallabsorber nicht die im LV geforderten Prüfzeugnisse eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstituts gebe. Der Auftraggeber bestreite dies und

halte dem entgegen, dass im LV keine Prüfzeugnisse eines akkreditierten Prüfinstitutes gefordert seien, sondern lediglich Prüfzeugnisse eines anerkannten Prüfinstitutes. Dieses Vorbringen des Auftraggebers sei unzutreffend. Es sei zwar richtig, dass die von der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag verwendete Formulierung eines akkreditierten Prüfinstitutes als solche nicht in der Positionsbeschreibung enthalten sei. Aus der enthaltenen Anforderung eines anerkannten Prüfinstitutes habe die Antragstellerin jedoch als redlicher Erklärungsempfänger abgeleitet, dass jedenfalls Prüfzeugnisse eines akkreditierten Prüfinstitutes nachzuweisen sei. Der objektive Erklärungswert der Positionsbeschreibung im LV lasse nämlich nur den Schluss zu, dass es sich beim Prüfinstitut um eine akkreditierte Stelle handeln müsse. Jede andere Auslegung würde die Frage aufwerfen, die jedoch objektiv nicht beantwortet werden könne, welche Anforderungen ein Prüfinstitut erfüllen müsse, damit es anerkannt im Sinne des LV sei. Zusätzlich würde sich die Frage ergeben, die ebenfalls objektiv nicht abschließend beantwortet werden könne, wer letztlich entscheide, welches Prüfinstitut anerkannt sei.

Wäre der Antragstellerin bei Angebotserstellung entgegen dieses Erklärungswertes bewusst gewesen, dass auch Schallabsorber angeboten werden dürften, für die es keine Prüfzeugnisse von akkreditierten Prüfinstituten gebe, hätte die Antragstellerin das Angebot grundlegend anders gestaltet. Da die Antragstellerin jedoch berechtigter Weise davon ausgegangen sei, dass Prüfzeugnisse akkreditierter Prüfinstitute nachgewiesen werden müssten, habe sie die Schallabsorber eines Herstellers angeboten, die über solche Prüfzeugnisse verfügen würden.

Der Auftraggeber dürfe letztlich keine Angebote akzeptieren, die Schallabsorber ohne Prüfzeugnisse akkreditierter Prüfinstitute enthalten würden. Da sich aus dem Vorbringen des Auftraggebers vom 15. November 2011 ergebe, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger nur Prüfzeugnisse vorgelegt habe, die nicht von einem akkreditierten Prüfinstitut ausgestellt worden seien, hätte der Auftraggeber das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ausscheiden müssen.

Unabhängig davon gebe es nach den Informationen der Antragstellerin für bestimmte im LV geforderte Spezifikationen überhaupt keine Prüfzeugnisse. Für diese gebe es also nicht einmal einfache Prüfzeugnisse von nicht akkreditierten Stellen. Zum einen betreffe dies die technischen Spezifikationen für die Stoffbespannung WSAbs gemäß Position 700010D des LV. Die Antragstellerin habe im Vorfeld der Angebotserstellung auch mit dem Hersteller P*** korrespondiert und geprüft, ob dessen preislich günstigere Produkte für das vorliegende Vergabeverfahren angeboten werden könnten. Die Antragstellerin habe dabei anhand der vom Hersteller erhaltenen Unterlagen festgestellt, dass es für die Stoffbespannung WSAbs überhaupt keine Prüfzeugnisse gebe, mit denen die geforderten Spezifikationen nachgewiesen werden könnten. Das Bundesvergabeamt möge von Amt wegen prüfen, ob die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegten einfachen Prüfzeugnisse sich überhaupt auf die technischen Spezifikationen gemäß Position 700010D des LV beziehen würden. Sollten sich diese Prüfzeugnisse nicht auf diese Position beziehen, wäre der Ausscheidensgrund des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers bewiesen.

Zum anderen betreffe dies die technischen Spezifikationen für die Gaswandschallabsorber gemäß Position 701010 des LV. Auch im Bezug auf diese Position habe die Antragstellerin festgestellt, dass mit den Nachweisen des Herstellers P*** die geforderten Spezifikationen nicht nachgewiesen werden könnten. Dies betreffe insbesondere den Umstand, dass die Nachweise des Herstellers sich nicht auf die geforderte Standardverglasung von 12mm ESG bezogen hätten. Das BVA möge von Amts wegen prüfen, ob die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegten einfachen Prüfzeugnisse auch den Nachweis für die geforderte Standardverglasung von 12mm ESG umfassen würden.

Mit Schriftsatz vom 6. Dezember 2011 erstattete der Auftraggeber eine weitere Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass die Argumentation der Antragstellerin, wonach eine zu lange bemessene Stillhaltefrist ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung Letztere nichtig machen würde, nicht greife. Dies zeige sich auch aus dem Verlauf der Erstellung und Behandlung der BVergG-Novelle 2011, bei der das BKA als einzige Frage an die begutachtenden Stellen die Frage gerichtet habe, ob eine längere Stillhaltefrist des Auftraggebers eine längere Antragsfrist im Nachprüfungsverfahren auslösen solle. Dies sei jedoch mehrheitlich abgelehnt worden und habe eine entsprechende Regelung auch nicht Eingang in die Novelle gefunden.

Die technische Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei geprüft und als gegeben festgestellt worden.

Die Ausschreibung enthalte in Position 700010B die Bestimmung, dass mit dem Angebot die Absorptionsgrade der Absorber mit Prüfzeugnissen eines anerkannten Prüfinstitutes nachzuweisen seien.

Die Ausschreibung sei mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest geworden. Die Vorgabe des Nachweises "durch ein anerkanntes Prüfinstitut" sei weder denkunmöglich noch europarechtswidrig. Sie entspreche jedoch im Wording nicht den Festlegungen in § 98 Abs 4 u. 5 BVerfG. Diese Ausschreibungsvorgabe stelle jedoch keinen Verstoß gegen das BVerfG dar. Gemäß § 98 Abs 4 leg. cit. würden als geeignete Mittel des Nachweises eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle genügen. Anerkannte Stellen seien gemäß § 98 Abs 5 jene Prüf- und Eichlabortorien sowie Inspektions- und Zertifizierungsstellen, die den einschlägigen europäischen Normen entsprechen würden. § 98 Abs 5 leg. cit. lasse somit auch die Nachweisführung mit einer Bescheinigung eines anerkannten Prüfinstitutes zu. Die Ausschreibung sei mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest geworden. Die Vorgabe des Nachweises "durch ein anerkanntes Prüfinstitut" sei weder denkunmöglich noch europarechtswidrig. Sie entspreche jedoch im Wording nicht den Festlegungen in Paragraph 98, Absatz 4, u. 5 BVerfG. Diese Ausschreibungsvorgabe stelle jedoch keinen Verstoß gegen das BVerfG dar. Gemäß Paragraph 98, Absatz 4, leg. cit. würden als geeignete Mittel des Nachweises eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle genügen. Anerkannte Stellen seien gemäß Paragraph 98, Absatz 5, jene Prüf- und Eichlabortorien sowie Inspektions- und Zertifizierungsstellen, die den einschlägigen europäischen Normen entsprechen würden. Paragraph 98, Absatz 5, leg. cit. lasse somit auch die Nachweisführung mit einer Bescheinigung eines anerkannten Prüfinstitutes zu.

Das Q***- Institut für Bauphysik, XXXX, sei, gemäß seiner Homepage, eine vom Deutschen Institut für Bautechnik zugelassene sachverständige Prüfstelle der Gruppe I für die Durchführung aller Eignungs- und Güteprüfungen nach der DIN 4109 (Schallschutz im Hochbau). Das Q***- Institut für Bauphysik sei eine bauaufsichtlich anerkannte Stelle für Prüfung, Überwachung und Zertifizierung von Bauprodukten und Bauarten in Deutschland und Europa. Vier Prüfstellen des Instituts hätten vom deutschen Akkreditierungssystem Prüfwesen (DAP) die flexible Akkreditierung nach DIN EN ISO/IEC 17025 erhalten. Damit seien diese berechtigt, neue Prüfverfahren zu entwickeln oder vorhandene Verfahren zu modifizieren. Das Q***- Institut für Bauphysik, römisch 40, sei, gemäß seiner Homepage, eine vom Deutschen Institut für Bautechnik zugelassene sachverständige Prüfstelle der Gruppe römisch eins für die Durchführung aller Eignungs- und Güteprüfungen nach der DIN 4109 (Schallschutz im Hochbau). Das Q***- Institut für Bauphysik sei eine bauaufsichtlich anerkannte Stelle für Prüfung, Überwachung und Zertifizierung von Bauprodukten und Bauarten in Deutschland und Europa. Vier Prüfstellen des Instituts hätten vom deutschen Akkreditierungssystem Prüfwesen (DAP) die flexible Akkreditierung nach DIN EN ISO/IEC 17025 erhalten. Damit seien diese berechtigt, neue Prüfverfahren zu entwickeln oder vorhandene Verfahren zu modifizieren.

Damit erfülle das Q***- Institut für Bauphysik auf alle Fälle die in der Ausschreibung enthaltene Vorgabe "anerkanntes Prüfinstitut". Aus Sicht des Auftraggebers erfülle es sogar die Anforderung der "anerkannten Stelle" gemäß § 98 Abs 4 u. 5 BVerfG. Damit erfülle das Q***- Institut für Bauphysik auf alle Fälle die in der Ausschreibung enthaltene Vorgabe "anerkanntes Prüfinstitut". Aus Sicht des Auftraggebers erfülle es sogar die Anforderung der "anerkannten Stelle" gemäß Paragraph 98, Absatz 4, u. 5 BVerfG.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 7. Dezember 2011 brachte die Antragstellerin, RA L*** vor, dass die Stellungnahme des Auftraggebers vom 6.12.2011 betreffend die Dauer der Stillhaltefrist unzutreffend sei, weil sie der Rechtsprechung des VfGH und des BVA widerspreche. Darüber hinaus seien die Stellungnahmen, die beim BKA während der Gesetzwerdung eingelangt seien, nach der Rechtsprechung des VfGH für die Gesetzesauslegung nicht maßgeblich.

Über Befragen, wer beim Auftraggeber die Referenzen geprüft habe, erklärte DI N***, Architekturbüro M***, dass er (DI N***), diese geprüft habe.

Über Befragen erklärte RA R***, Rechtsvertreter des präsuntiven Zuschlagsempfängers, dass die vorgelegten Referenzen nicht vom präsuntiven Zuschlagsempfänger stammen würden, sondern sich lediglich auf das Produkt der Fa. P*** beziehen würden, welche in den Referenzgebäuden verwendet worden seien. Den genauen Durchführungszeitraum der Referenzobjekte könne der präsuntive Zuschlagsempfänger nicht angeben. Die Informationen würden von der Fa. P*** stammen.

Über Befragen, wie DI N*** konkret die vorgelegten Referenzen geprüft habe, erklärte dieser, dass er direkt Rücksprache mit der Fa. P*** gehalten habe, von der die Prüfzeugnisse stammen würden. Es handle sich gegenständlich um einen reinen Lieferauftrag. Die technische Leistungsfähigkeit des präsuntiven

Zuschlagsempfängers sei bereits im Zusammenhang mit der Montage der Schallabsorber geprüft worden, mit welcher die Fa. B*** beauftragt worden sei. Im konkreten Vergabeverfahren sei die technische Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers neuerlich durch eine ANKÖ- Abfrage geprüft worden. Bei den Referenzauftraggebern habe er keine Erkundigungen eingeholt. Das eben Ausgeführte gelte auch für die Referenzen 2 und 3.

Über Befragen von RA L****, was bei der Einsichtnahme in den ANKÖ festgestellt worden sei, führte DI N*** aus, dass aus dem ANKÖ keine Gründe für eine eventuelle Nichtbeauftragung des präsumtiven Zuschlagsempfängers ersichtlich gewesen seien.

RA L*** brachte vor, dass aufgrund der protokollierten Aussagen der vergebenden Stelle und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin feststehe, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die bestandsfest festgelegte technische Leistungsfähigkeit gemäß Pos. 001113H des LV nicht nachgewiesen habe, weil diese Referenzen eines Dritten verwendet habe.

Mag. S*** erläuterte hiezu, dass die Referenzen primär das Produkt betreffen würden.

DI N*** bestätigte, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger in den Bieterlücken der Pos. 700010B Produkte der Fa. P*** angeboten habe. In Pos. 700010D habe der präsumtive Zuschlagsempfänger durch Nichtausfüllen der entsprechenden Bieterlücke das Leitprodukt angeboten.

RA L*** brachte vor, dass die Stellungnahme des Auftraggebers vom 6.12.2011 die Sichtweise der Antragstellerin betätigen würde, wonach es sich um Prüfzeugnisse eines akkreditierten Prüfinstitutes handeln müsse. In § 98 Abs 4 u. 5 BVergG werde auf akkreditierte Stellen verwiesen. An dem Vorbringen der Antragstellerin ändere auch die Bestandskraft der Ausschreibungsunterlagen nichts, weil nach aktueller Rechtsprechung des VwGH die Ausschreibungsunterlagen auch nach Ende der Anfechtungsfrist gesetzeskonform auszulegen seien (VwGH 12.5.2011, 2008/04/0087). Dies würde sich auf alle geforderten Prüfzeugnisse beziehen. RA L*** brachte vor, dass die Stellungnahme des Auftraggebers vom 6.12.2011 die Sichtweise der Antragstellerin betätigen würde, wonach es sich um Prüfzeugnisse eines akkreditierten Prüfinstitutes handeln müsse. In Paragraph 98, Absatz 4, u. 5 BVergG werde auf akkreditierte Stellen verwiesen. An dem Vorbringen der Antragstellerin ändere auch die Bestandskraft der Ausschreibungsunterlagen nichts, weil nach aktueller Rechtsprechung des VwGH die Ausschreibungsunterlagen auch nach Ende der Anfechtungsfrist gesetzeskonform auszulegen seien (VwGH 12.5.2011, 2008/04/0087). Dies würde sich auf alle geforderten Prüfzeugnisse beziehen.

Über Befragen, wer beim Auftraggeber die Prüfzeugnisse nach Form und Inhalt überprüft habe, erklärte DI N***, dass er dies geprüft habe.

Zum Prüfzeugnis des Q***-Institutes für Bauphysik:

Über Befragen, welches Prüfzeugnis der präsumtive Zuschlagsempfänger zu Pos. 700010B vorgelegt habe, erklärte RA R***, dass dies das Prüfzeugnis des Q***- Institutes für Bauphysik sei. Dieses Zeugnis stamme vom 23.11.2010. Beim Q***- Institut handle es sich um ein akkreditiertes Prüfinstitut.

DI N*** erläuterte, dass das gegenständlich überprüfte Material "XXXX ein Bestandteil des geprüften Absorbers sei. Das Prüfzeugnis betreffe den Absorber. Dies gelte auch für die Prüfzeugnisse des W*** Instituts für Bautechnik (Bauaufsichtliche Zulassung XXXX) und Prüfinstitut T***, XXXX (Brandprüfungen Produkt XXXX), da diese nur den Dämmstoff betreffen würden und nicht den Gesamtabsorber. DI N*** erläuterte, dass das gegenständlich überprüfte Material "XXXX ein Bestandteil des geprüften Absorbers sei. Das Prüfzeugnis betreffe den Absorber. Dies gelte auch für die Prüfzeugnisse des W*** Instituts für Bautechnik (Bauaufsichtliche Zulassung römisch 40) und Prüfinstitut T***, römisch 40 (Brandprüfungen Produkt römisch 40), da diese nur den Dämmstoff betreffen würden und nicht den Gesamtabsorber.

RA L*** erläuterte, dass ihm sämtliche in der mündlichen Verhandlung besprochenen Prüfzeugnisse vorliegen würden. Die Antragstellerin habe diese von der Fa. P*** erhalten. Diese vermeintlichen Zeugnisse würden sich nicht auf den Schallabsorber als solchen beziehen, aus denen sich insbesondere der geforderte Absorptionsgrad ergebe; die Prüfzeugnisse würden sich jeweils nur auf einzelne Bestandteile des Schallabsorbers beziehen. Darüber hinaus seien die Prüfzeugnisse nach dem Stand der Technik unvollständig. Es fehle insbesondere die Angabe des jeweils zuständigen Prüfenieurs und die verwendeten Geräte im jeweiligen Prüfaufbau.

DI N*** erklärte, dass das Q***-Institut für Bauphysik eines der führenden Institute für die akustische Beurteilung sei. Das vorliegende Prüfzeugnis beschreibe das Messobjekt nicht als einzelne Bestandteile, sondern einen 7 Breitband-Kompaktabsorber und dessen Aufbau und Bestandteile. Breitband-Kompaktabsorber sei in der Literatur ein gebräuchlicher Begriff vergleichbarer Aufbauten. Es sei unrichtig, dass der Prüfbericht lediglich einzelne Bestandteile beschreibe. Darüber hinaus würden die geforderten Absorptionswerte erreicht werden.

Hr. U*** brachte hiezu vor, dass es sich bei dem Schreiben des Q***-Institutes für Bauphysik lediglich um ein Messprotokoll, jedoch nicht um einen Prüfbericht handle. Für einen Prüfbericht fehle der jeweilige Antragsteller, eine erschöpfende Beschreibung des Prüfaufbaues, die verwendete Messtechnik/Geräte und die Auswertung der gemessenen Werte. Überdies würde die Testfläche (7x1,5x0,85 m²) nicht der EN ISO 354 entsprechen. Nach EN ISO 354 müsste die Testfläche etwa 10-12 m² entsprechen. Laut RA R*** ergebe die Multiplikation einen Wert von 8,9 m².

DI N*** brachte vor, dass das Prüfzeugnis des Q***-Institutes für Bauphysik sämtliche laut Ausschreibung geforderten Absorptionsgrade nachweise.

RA L*** brachte vor, dass es der Auftraggeber nicht dabei bewenden lassen dürfe, vorgelegte Unterlagen ohne weitere Prüfung zur akzeptieren, vor allem dann nicht, wenn offensichtliche Fehler oder Irrtümer vorliegen würden. Auch ein renommiertes Institut sei nicht vor Fehlern geschützt.

DI N***gab über Befragen von RA L*** an, dass er ausgebildeter Architekt sei. Es sei Diplomingenieur.

RA L*** brachte weiters vor, dass sich die Notwendigkeit der Vorlage eines Prüfzeugnisses auch für die Pos. 700010D (WSAbs) aus der Bestimmung 700010A, Technische Beschreibung - Aufbau/Oberflächen, ergebe. Dies, da das Prüfzeugnis zunächst in Pos. 700010B für die akustischen Eigenschaften der beiden Absorber gefordert sei. Die nähere Konkretisierung der beiden Absorber sei in den Pos. 700010C u. 700010D spezifiziert. Um das Erfordernis von Prüfzeugnissen nicht gänzlich zu entwerten, müssten diese Prüfzeugnisse auch für diese beiden Positionen, in denen die beiden Schallabsorber detaillierter spezifiziert seien, gemeinsam gelesen werden. Ansonsten wäre es nicht nachvollziehbar, ob die beiden Absorber die geforderten Spezifikationen erfüllen würden.

DI N*** erläuterte, dass die Abkürzung "ESG" Einscheiben-Sicherheitsglas bedeute.

Über Befragen erklärte Hr. V***, Fa. A***, dass die Abweichungen zwischen ESG und VSG dergestalt seien, dass der Scheibenaufbau bei VSG einen höheren Prüfwert hinsichtlich der Schalldämmung erwarten lasse. Durch den Prüfaufbau mit VSG anstatt ESG ließen sich leichter höhere Schalldämmwerte erreichen. Die Verwendung von VSG anstatt ESG im Prüfaufbau widerspreche jedoch den Ausschreibungsfestlegungen.

RA L*** ergänzte hiezu, dass ein solches Abweichen vom technischen Leistungsverzeichnis ausschließlich in einem Alternativangebot oder Abänderungsangebot zulässig gewesen wäre, was jedoch nicht Fall sei.

Mag. S*** brachte hiezu vor, dass eine höherwertige Lösung hinsichtlich der Schalldämmung angeboten worden sei, als dies nach der Ausschreibung erforderlich gewesen sei.

Hr. V*** replizierte hierauf, dass diese Aussage unrichtig sei. Es sei vielmehr so, dass nicht höherwertiger, sondern minderwertiger angeboten worden sei. Dies deshalb, da das VSG bereits einen höheren Schalldämmwert gegenüber dem ausgeschriebenen ESG nachweisen könne. Vom Auftraggeber sei am 30.8.2011 schriftlich verbindlich mitgeteilt worden, dass die bauseits errichtete Glaswand gemäß der Pos. 701010 eine Mindesteigenschaft von 12 mm ESG aufweise.

DI N*** gab über Befragen an, dass der Unterschied im Schalldämmwert zwischen ESG und VSG ca. 2 - 3 dB betrage.

Dem widersprach Hr. V*** und gab hiezu an, dass der Unterschied zwischen ESG und VSG mindestens 5 dB betrage.

RA L*** erklärte, dass das bereits oben erstattete Vorbringen betreffend die Unvollständigkeit der Prüfzeugnisse, auch und vor allem für das Prüfzeugnis hinsichtlich 12 mm ESG gelte. Es sei nicht erkennbar, auf welche Verglasung dieses sich konkret beziehe, weil lediglich "eine dreischichtige Mittelmasse" enthalten sei und gerade nicht eine 12 mm ESG-Scheibe.

Mag. S*** verwies auf den dem Senat vollständig vorliegenden Prüfbericht des Instituts J***, aus welchem hervorgehe, wie der Prüfaufbau, die Maße und der Einbau der Gegenstände, das Prüfverfahren sowie die Messergebnisse gewesen seien. Der Auftraggeber halte nochmals fest, dass eine höherwertige Lösung als die ausgeschriebene Lösung

angeboten worden sei.

RA R*** brachte vor, dass nach Ansicht des präsumtiven Zuschlagsempfängers die Zuschlagsentscheidung zu Recht auf das Angebot der Fa. B*** laute. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe den Zuschlag zur Lieferung und Montage der Glaswände erhalten. Auch sei der Zuschlag für die Montage der gegenständlichen Absorber bereits an den präsumtiven Zuschlagsempfänger ergangen. Ausständig sei nur mehr die "reine" Lieferung von Absorbern. Diese seien ausschreibungskonform angeboten worden.

RA L*** replizierte, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Antragstellerin genieße und auch deshalb auszuschneiden gewesen wäre.

Der Auftraggeber und der präsumtiven Zuschlagsempfänger bestritten die Ausführungen der Antragstellerin zu einem möglichen Wettbewerbsvorteil des präsumtiven Zuschlagsempfängers.

Aufgrund der Vorbringen der Parteien, der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 7.12.2011 wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

In Position 001113H des LV ist Folgendes festgelegt:

- -Strichaufzählung
eine Referenz Schallabsorber in Bürogebäuden mit einem Auftragswert von EUR 300.000.-- exkl USt, abgewickelt innerhalb der letzten 5 Jahre sowie
- -Strichaufzählung
weitere 2 Referenzen Schallabsorber in Bürogebäuden mit einem Auftragswert von je EUR 100.000.-- exkl. USt, abgewickelt innerhalb der letzten 10 Jahre, gemäß beigefügtem Referenzblatt zu erbringen.

Wenn die beschriebenen Mindest- Referenzen nicht nachgewiesen werden können, wird das Angebot ausgeschieden.

Pos 700010B Z Techn. Beschreibung - Akust. Eigenschaften des LV lautet:

Die Absorptionsgrade der Absorber sind mit Prüfzeugnissen eines anerkannten Prüfinstituts, verfasst in deutscher Sprache, mit der Abgabe des Angebotes nachzuweisen. Ebenso sind die Absorber selbst mit technischen Dokumentationen, Prospektmaterial und (auf Anforderung) Mustern zu dokumentieren.

Pos 701010 des LV lautet:

Mit Standardverglasung (12mm ESG) haben die aufgesetzten Elemente eine Schalldämmung von 45 dB zu erreichen. Dieser Wert ist durch ein Prüfzeugnis nachzuweisen. Qualität, Lochbild, Aufbau und Absorption wie in den Vorbemerkungen beschrieben.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat mit dem Angebot folgende 3 Referenzen bekannt gegeben:

1. 1.Ziffer eins
Stadtwerke XXXX:
Bürogebäude, Gesamtfläche ca 7000 m². Innenausbau mit Glaswänden, Büroaufteilung mit schalldämmenden Glaswänden und integrierter Schallabsorption, integrierte Umluftkühlung, Akustikdecken, Akustikwandverkleidungen.

Liefern und montieren von ca 6000 m² Akustikunterdecken mit halbverdeckter Unterkonstruktion, verschiedenen Deckeneinbauten, Leuchten, Abschottungen, Sprinkler.

Herstellen und liefern von ca 1500 m² Glanzglaswänden, Schalldämmung der Wände 39-41 dB, mit ca 100 Türen, ca 400 integrierte Absorberelemente mit eingebauter Umluftkühlung. Herstellen und montieren von ca 200 m² hochschalldämmenden Trennwänden mit Oberlichtverglasung mit 52 dB.

Auftragssumme: Glaswände und Akustik mit ULK ca XXXXAuftragssumme: Glaswände und Akustik mit ULK ca römisch 40

Akustikdecken ca XXXX,--Akustikdecken ca römisch 40 ,--

1. 2.Ziffer 2
XXXX Consult AG:römisch 40 Consult AG:

Büroneubau, Innenausbau mit offenen Bürobereichen gegliedert durch Glasschallschirme.

Herstellen und montieren von ca 4000 m² Akustik-Glaswänden. Die Glaswände sind mit ca 1300 Absorberelementen

ergänzt, die teilweise in die Glaswände integriert oder auf bauseitig Wände aufgebracht wurden. Auftragssumme ca XXXX. Herstellen und montieren von ca 4000 m² Akustik-Glaswänden. Die Glaswände sind mit ca 1300 Absorberelementen ergänzt, die teilweise in die Glaswände integriert oder auf bauseitig Wände aufgebracht wurden. Auftragssumme ca römisch 40 .

1. 3.Ziffer 3

XXXX GmbH:römisch 40 GmbH:

Bürogebäude mit abgehängten Akustikdecken, Trennwänden mit Oberlicht und integrierten Absorptionsflächen. Trennwände mit Runderdecken und gebogenen Lochblechverblendungen. Herstellen und montieren von ca 500 m² Trennwänden mit Oberlichtverglasung, Vollwand mit integrierten Absorptionsflächen, Runderdecken, Vollwand mit Lochblechverkleidung. Auftragssumme: ca XXXXX.

Eine Vorbemerkung auf Seite 2 des LV lautet:

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

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat in den Bieterlücken der nachstehenden Pos folgende Produkte angeboten:

Pos 700010B Z Techn. Beschreibung - Akust. Eigenschaften:

Mittelhochton: Lineare Absorption Absorptionsgrad zwischen 250 Hz bis 2000 Hz mindestens 100%

Angebotenes Produkt

p***

Tiefton: Lineare Absorption Absorptionsgrad bis 63 Hz mindestens 80%

Absorptionsgrad ab 80 Hz mindestens 100%

Angebotenes Produkt

p***

700010D Z Techn. Beschreibung - Stoffbespannung WSAbs:

Leitprodukt: XXXXX oder gleichwertig.....

Angebotenes Produkt

..... (Anm: Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat diese

Bieterlücke unausgefüllt gelassen)

Der präsumtive Zuschlagsempfänger legte (betr Pos 700010B des LV) über Aufforderung am 19.11.2011 folgende Prüfzeugnisse vor:

1. 1)Ziffer eins

Q***-Institut für Bauphysik, XXXXX,:

Betreffend den Absorptionsgrad nach EN ISO 354.

Messobjekt: 7 Breitband-Kompaktabsorber (BKA 50/1/30) auf Basis von Polyesterfasern XXXX , mit Lochblechkorb [...]. Messobjekt: 7 Breitband-Kompaktabsorber (BKA 50/1/30) auf Basis von Polyesterfasern römisch 40 , mit Lochblechkorb [...].

1. 2)Ziffer 2

W***- Institut für Bautechnik vom 21.7.2008:

Betreffend allgemeine bauaufsichtliche Zulassung.

Zulassungsgegenstand: Wärmedämmstoff aus Polyesterfasern XXXX. Zulassungsgegenstand: Wärmedämmstoff aus Polyesterfasern römisch 40 .

Der Zulassungsgegenstand wurde bauaufsichtlich zugelassen.

1. 3)Ziffer 3

Prüfinstitut T***, XXXX, aus 2009:Prüfinstitut T***, römisch 40 , aus 2009:

Betreffend Brandprüfungen des Materials: XXXXBetreffend Brandprüfungen des Materials: römisch 40

Der präsumtive Zuschlagsempfänger legte (betr Pos 701010 des LV) über

Aufforderung am 19.11.2011 folgendes Prüfzeugnis vor:

Institut J*** GmbH, XXXX, vom 30.8.2011Institut J*** GmbH, römisch 40 , vom 30.8.2011:

Prüfgegenstand Luftschalldämmung im Prüfstand nach DIN EN ISO 140-3

Prüfgegenstand: 12 mm Verbundsicherheitsglas

Prüfdatum: 30.8.2011

Auftraggeber: P*** GmbH

Prüfaufbau: ... XXXX Prüfaufbau: ... römisch 40

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antragesrömisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, dieser vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG.Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, dieser vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG.

Es handelt sich um einen Lieferauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Oberschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin mit Telefax vom 18.10.2011 bekannt gegeben, sodass der Nachprüfungsantrag vom 28.10.2011 als rechtzeitig zu qualifizieren ist.Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin mit Telefax vom 18.10.2011 bekannt gegeben, sodass der Nachprüfungsantrag vom 28.10.2011 als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch wurde der Zuschlag erteilt. Das Angebot der Antragstellerin wurde auch nicht ausgeschrieben.

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

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

Zu Spruchpunkt I.:Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Vorweg ist zu prüfen, ob die Zuschlagsentscheidung inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen bzw der Rspr des VwGH (22.4.2009, 2009/04/0081) genügt:

Gemäß § 131 Abs 1 BVergG sind in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern das jeweilige

Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben [....]. Gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG sind in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben [....].

Gemäß § 132 Abs 1 BVergG darf der Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen. Die Stillhaltefrist beginnt im Fall des § 131 Abs 1 mit der Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Sie beträgt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zehn Tage [...]. Im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage. Gemäß Paragraph 132, Absatz eins, BVergG darf der Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen. Die Stillhaltefrist beginnt im Fall des Paragraph 131, Absatz eins, mit der Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Sie beträgt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zehn Tage [...]. Im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage.

Gemäß § 321 Abs 1 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen [...]. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Nach Abs 2 der zit Bestimmung verkürzt sich die Frist bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich auf sieben Tage. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen [...]. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Nach Absatz 2, der zit Bestimmung verkürzt sich die Frist bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich auf sieben Tage.

In der Zuschlagsentscheidung vom 18.10.2011, den Bietern mittels Telefax mitgeteilt, ist das Ende der Stillhaltefrist mit 1.11.2011, 24.00 Uhr, angegeben. Nach den oben dargestellten gesetzlichen Vorgaben wäre das Ende der Stillhaltefrist jedoch auf den 28.10.2011, 24.00 Uhr, gefallen. Nach Ansicht der Antragstellerin würde bereits dieser Fehler zwingend dazu führen, dass die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig und somit für nichtig zu erklären sei.

Dies ist nicht der Fall:

Anders als nach dem BVergG 2002 ist die Stillhaltefrist nicht zugleich die Nachprüfungsfrist für die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Die verfahrensrechtliche Nachprüfungsfrist (§ 321) ist von der materiellrechtlichen Stillhaltefrist dadurch entkoppelt, dass die Nachprüfungsfrist in § 321 autonom geregelt ist (vgl Aicher, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 132 Rz 4). Anders als nach dem BVergG 2002 ist die Stillhaltefrist nicht zugleich die Nachprüfungsfrist für die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Die verfahrensrechtliche Nachprüfungsfrist (Paragraph 321,) ist von der materiellrechtlichen Stillhaltefrist dadurch entkoppelt, dass die Nachprüfungsfrist in Paragraph 321, autonom geregelt ist vergleiche Aicher, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 132, Rz 4).

Die Stillhaltefrist richtet sich somit an den Auftraggeber und darf dieser den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen. Indem der Auftraggeber die Stillhaltefrist zu lange (14 Tage statt 10 Tage) angegeben hat, reicht seine "Selbstbindung" 14 Tage anstatt der gesetzlich normierten 10 Tage.

Im Erkenntnis vom 22. April 2009, 2009/04/0081, hat der VwGH ausgesprochen, dass § 131 4. Satz BVergG unmissverständlich normiert, dass in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern näher bezeichnete Informationen - z. B. das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 - bekannt zu geben sind. Eine entgegen dieser Verpflichtung den Bietern abgegebene Zuschlagsentscheidung ist daher eine objektiv rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers und verletzt den Bieter in seinem gemäß § 131 4. Satz BVergG zustehenden Recht auf Bekanntgabe von Informationen. Dies umso mehr, als diese Bestimmung nach den Gesetzesmaterialien gewährleisten soll, dass ein nicht zum Zug gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt. Im Erkenntnis vom 22. April 2009, 2009/04/0081, hat der VwGH ausgesprochen, dass Paragraph 131, 4. Satz BVergG unmissverständlich normiert, dass in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern näher bezeichnete Informationen - z. B. das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, - bekannt zu geben sind. Eine entgegen dieser Verpflichtung den Bietern

abgegebene Zuschlagsentscheidung ist daher eine objektiv rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers und verletzt den Bieter in seinem gemäß Paragraph 131, 4. Satz BVergG zustehenden Recht auf Bekanntgabe von Informationen. Dies umso mehr, als diese Bestimmung nach den Gesetzesmaterialien gewährleisten soll, dass ein nicht zum Zug gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt.

Durch die Verpflichtung des Auftraggebers zur Begründung seiner Zuschlagsentscheidung nach § 131 4. Satz BVergG soll dem Bieter die Einbringung eines Nachprüfungsantrages mit ausreichender Vorbereitungszeit ermöglicht werden. Durch die Verpflichtung des Auftraggebers zur Begründung seiner Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 131, 4. Satz BVergG soll dem Bieter die Einbringung eines Nachprüfungsantrages mit ausreichender Vorbereitungszeit ermöglicht werden.

Die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was in der Regel anzunehmen ist. Die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was in der Regel anzunehmen ist.

Von der Verletzung des Bieters in den ihm gemäß § 131 4. Satz BVergG zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen ist die Frage ihrer Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens zu unterscheiden. Von der Verletzung des Bieters in den ihm gemäß Paragraph 131, 4. Satz BVergG zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen ist die Frage ihrer Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens zu unterscheiden.

Daraus folgt - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - dass die Unterlassung bzw. unrichtige Angabe von zwingend anzugebenden Informationen nicht in jedem Fall zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu führen hat. Es kommt vielmehr auf die Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens an. Durch die unrichtige Bekanntgabe des Endes der Stillhaltefrist wird dem Bieter keine Begründung der Zuschlagsentscheidung vorenthalten die ihn daran hindern könnte, rechtzeitig einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen.

Durch eine unrichtige Bekanntgabe des Endes der Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung wird der Bieter somit weder an einer rechtzeitigen Einbringung eines Nachprüfungsantrages noch an der Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages gehindert. Zwar mag die unrichtige Bekanntgabe des Endes der Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung eine (formale) Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung begründen, eine Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd § 325 BVergG - die zu einer Nichtigerklärung derselben führen würde - ist darin jedoch nicht zu erblicken. Durch eine unrichtige Bekanntgabe des Endes der Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung wird der Bieter somit weder an einer rechtzeitigen Einbringung eines Nachprüfungsantrages noch an der Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages gehindert. Zwar mag die unrichtige Bekanntgabe des Endes der Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung eine (formale) Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung begründen, eine Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 325, BVergG - die zu einer Nichtigerklärung derselben führen würde - ist darin jedoch nicht zu erblicken.

Durch die unrichtige Angabe des Endes der Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung, wurde die Antragstellerin - zumal diese anwaltlich vertreten ist - auch nicht in die Irre geführt, wie diese vermeint. Wie der gegenständliche Nachprüfungsantrag beweist, war es der Antragstellerin sehr wohl möglich, fristgerecht einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen.

Auch die von der Antragstellerin herangezogene Entscheidung des BVA vom 19.8.2009, GZ N/0071-BVA/13/2009-29, mit der die Zuschlagsentscheidung im damaligen Nachprüfungsverfahren für nichtig erklärt wurde, vermag deren Rechtsansicht nicht zu stützen. Der zur Entscheidung lag einerseits der Sachverhalt zugrunde, dass die Zuschlagsentscheidung mit RSb-Brief zugestellt wurde, wodurch die Anfechtungsfrist für die Antragstellerin um einen Tag verkürzt wurde und sie idF nicht bereits zu Beginn der Stillhaltefrist über die Informationen verfügt hat, die sie für einen Nachprüfungsantrag benötigt (vgl. VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081). Dies ist von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens (iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG). Andererseits wurde die Zuschlagsentscheidung nur unzureichend begründet. Ein Begründungsmangel, der wesentlich wäre, indem er den Bieter daran hindern oder es

diesem wesentlich erschweren würde, einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen (vgl VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081), wurde jedoch verfahrensgegenständlich weder behauptet noch liegt ein solcher vor. Auch die von der Antragstellerin herangezogene Entscheidung des BVA vom 19.8.2009, GZ N/0071-BVA/13/2009-29, mit der die Zuschlagsentscheidung im damaligen Nachprüfungsverfahren für nichtig erklärt wurde, vermag deren Rechtsansicht nicht zu stützen. Derzeit Entscheidung lag einerseits der Sachverhalt zugrunde, dass die Zuschlagsentscheidung mit RSb-Brief zugestellt wurde, wodurch die Anfechtungsfrist für die Antragstellerin um einen Tag verkürzt wurde und sie in der Fassung nicht bereits zu Beginn der Stillhaltefrist über die Informationen verfügt hat, die sie für einen Nachprüfungsantrag benötigt (vergleiche VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081). Dies ist von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens (iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG). Andererseits wurde die Zuschlagsentscheidung nur unzureichend begründet. Ein Begründungsmangel, der wesentlich wäre, indem er den Bieter daran hindern oder es diesem wesentlich erschweren würde, einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen (vergleiche VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081), wurde jedoch verfahrensgegenständlich weder behauptet noch liegt ein solcher vor.

Auch der Bescheid des BVA vom 18.9.2009, N/0084-BVA/13/2009-41, vermag die Rechtsansicht der Antragstellerin nicht zu stützen. Derzeit Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, dass der Auftraggeber die - ursprünglich mangelhaft begründete - Zuschlagsentscheidung zu "retten" versuchte, indem er nachträglich die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nachgereicht hat. Dies qualifizierte der erkennende Senat als Erschwerung der Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages, was nach der Judikatur des VwGH (vgl VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081) wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens ist. Auch hier handelt es sich somit um einen - von der verfahrensgegenständlichen Konstellation zu unterscheidenden - Sachverhalt. Auch der Bescheid des BVA vom 18.9.2009, N/0084-BVA/13/2009-41, vermag die Rechtsansicht der Antragstellerin nicht zu stützen. Derzeit Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, dass der Auftraggeber die - ursprünglich mangelhaft begründete - Zuschlagsentscheidung zu "retten" versuchte, indem er nachträglich die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nachgereicht hat. Dies qualifizierte der erkennende Senat als Erschwerung der Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages, was nach der Judikatur des VwGH (vergleiche VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081) wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens ist. Auch hier handelt es sich somit um einen - von der verfahrensgegenständlichen Konstellation zu unterscheidenden - Sachverhalt.

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Zuschlagsentscheidung - auch wenn diese ein unrichtiges Ende der Stillhaltefrist beinhaltet - gegenständlich nicht mit der Begründung eines Verstoßes gegen § 131 Abs 1 BVergG für nichtig zu erklären ist. Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Zuschlagsentscheidung - auch wenn diese ein unrichtiges Ende der Stillhaltefrist beinhaltet - gegenständlich nicht mit der Begründung eines Verstoßes gegen Paragraph 131, Absatz eins, BVergG für nichtig zu erklären ist.

Die Antragstellerin geht weiters davon aus, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die geforderten 3 Referenzen nicht nachgewiesen hat ("er sei als Lieferant von Schallabsorbern gänzlich unbekannt") und dessen Angebot daher auszuscheiden gewesen wäre.

In Position 001113H des LV ist Folgendes festgelegt:

- -Strichaufzählung
eine Referenz Schallabsorber in Bürogebäuden mit einem Auftragswert von EUR 300.000.-- exkl USt, abgewickelt innerhalb der letzten 5 Jahre sowie
- -Strichaufzählung
weitere 2 Referenzen Schallabsorber in Bürogebäuden mit einem Auftragswert von je EUR 100.000.-- exkl. USt, abgewickelt innerhalb der letzten 10 Jahre, gemäß beigefügtem Referenzblatt zu erbringen.

Wenn die beschriebenen Mindest- Referenzen nicht nachgewiesen werden können, wird das Angebot ausgeschieden.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat mit seinem Angebot folgende Referenzen vorgelegt:

1. 1.Ziffer eins
Stadtwerke XXXX:
Bürogebäude, Gesamtfläche ca 7000 m². Innenausbau mit Glaswänden, Büroaufteilung mit schalldämmenden Glaswänden und integrierter Schallabsorption, integrierte Umluftkühlung, Akustikdecken,

Akustikwandverkleidungen.

Liefern und montieren von ca 6000 m² Akustikunterdecken mit halbverdeckter Unterkonstruktion, verschiedenen Deckeneinbauten, Leuchten, Abschottungen, Sprinkler.

Herstellen und liefern von ca 1500 m² Glanzglaswänden, Schalldämmung der Wände 39-41 dB, mit ca 100 Türen, ca 400 integrierte Absorberelemente mit eingebauter Umluftkühlung. Herstellen und montieren von ca 200 m² hochschalldämmenden Trennwänden mit Oberlichtverglasung mit 52 dB.

Auftragssumme: Glaswände und Akustik mit ULK ca XXXX Auftragssumme: Glaswände und Akustik mit ULK ca römisch 40 Akustikdecken ca römisch 40

1. 2.Ziffer 2

XXXX Consult AG:römisch 40 Consult AG:

Büroneubau, Innenausbau mit offenen Bürobereichen gegliedert durch Glasschallschirme.

Herstellen und montieren von ca 4000 m² Akustik-Glaswänden. Die Glaswände sind mit ca 1300 Absorberelementen ergänzt, die teilweise in die Glaswände integriert oder auf bauseitig Wände aufgebracht wurden. Auftragssumme ca XXXXHerstellen und montieren von ca 4000 m² Akustik-Glaswänden. Die Glaswände sind mit ca 1300

Absorberelementen ergänzt, die teilweise in die Glaswände integriert oder auf bauseitig Wände aufgebracht wurden. Auftragssumme ca römisch 40

1. 3.Ziffer 3

XXXX GmbH:römisch 40 GmbH:

Bürogebäude mit abgehängten Akustikdecken, Trennwänden mit Oberlicht und integrierten Absorptionsflächen.

Trennwände mit Rundecken und gebogenen Lochblechverblendungen.

Herstellen und montieren von ca 500 m² Trennwänden mit Oberlichtverglasung, Vollwand mit integrierten Absorptionsflächen, Rundecken, Vollwand mit Lochblechverkleidung.

Auftragssumme: ca XXXXAuftragssumme: ca römisch 40

Zu den Referenzen:

Gemäß § 70 Abs 1 Z 4 BVergG hat der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre technische Leistungsfähigkeit zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG hat der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den Paragraphen 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre technische Leistungsfähigkeit zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist.

Gemäß § 75 Abs 5 BVergG kann als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Lieferaufträgen eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen verlangt werden. Gemäß Paragraph 75, Absatz 5, BVergG kann als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Lieferaufträgen eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen verlangt werden.

Gegenstand des Auftrages ist die Lieferung von Schallabsorbern (vgl LV Pos 0013010). Nicht Gegenstand des Auftrages ist etwa die Montage der Schallabsorber. Diese ist bereits in einem anderen Vergabeverfahren beauftragt worden (vgl auch die entsprechenden Angaben der RA Mag. R*** in der mündlichen Verhandlung (VH-Schrift Seite 9). Gegenstand des Auftrages ist die Lieferung von Schallabsorbern vergleiche LV Pos 0013010). Nicht Gegenstand des Auftrages ist etwa die Montage der Schallabsorber. Diese ist bereits in einem anderen Vergabeverfahren beauftragt worden vergleiche auch die entsprechenden Angaben der RA Mag. R*** in der mündlichen Verhandlung (VH-Schrift Seite 9).

Da Gegenstand des Auftrages die Lieferung von Schallabsorbern ist, ist nach § 70 Abs 1 BVergG iVm § 75 Abs 5 BVergG die Bestimmung in Pos 001113H dementsprechend auf die Lieferung von Schallabsorbern für Bürogebäuden durch den am Erhalt des Lieferauftrages interessierten Bieter zu beziehen. Anderes wäre weder durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt noch nach § 75 Abs 5 BVergG zulässig. Da Gegenstand des Auftrages die Lieferung von Schallabsorbern ist, ist nach Paragraph 70, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph 75, Absatz 5, BVergG die

Bestimmung in Pos 001113H dementsprechend auf die Lieferung von Schallabsorbern für Bürogebäuden durch den am Erhalt des Lieferauftrages interessierten Bieter zu beziehen. Anderes wäre weder durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt noch nach Paragraph 75, Absatz 5, BVergG zulässig.

Aus der Formulierung in § 70 BVergG (arg: Unternehmer haben ihre technische
Aus der Formulierung in Paragraph 70, BVergG (arg: Unternehmer haben ihre technische

Leistungsfähigkeit) ergibt sich, dass durch die Referenzen nicht die

technische Leistungsfähigkeit eines beliebigen - vom konkreten jeweiligen Bieter unterschiedlichen - Unternehmers, nachzuweisen ist, sondern naturgemäß die Leistungsfähigkeit jenes Unternehmers, der den konkreten Auftrag erhalten möchte.

Aus den vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegten Referenzen ist zunächst - entgegen der bestandsfesten Bestimmung der Pos 001113H - nicht ersichtlich, in welchem Zeitraum die Referenzprojekte durchgeführt wurden. Es wäre Aufgabe des Auftraggebers gewesen, sich im Zuge der Angebotsprüfung diese zwingend vorgesehenen, gegenständlich jedoch nicht bekannt gegebenen, Informationen im Wege eines Mängelbehebungsauftrages zu beschaffen.

Weiters ist aus den vorgelegten Referenzen nicht ersichtlich, ob es sich um die Bestätigung einer Lieferung von Schallabsorbern für Bürogebäude (oder etwa um die Montage von Schallabsorbern in Bürogebäuden) handelt. Auch hier wäre es Aufgabe des Auftraggebers gewesen, sich hierüber Klarheit zu verschaffen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung hat sich überdies herausgestellt, dass die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegten Referenzen gar nicht von diesem selbst stammen (vgl. VH-Schrift Seite 3). So hat RA R*** über Befragen durch den Vorsitzenden erklärt, dass die vorgelegten Referenzen nicht vom präsumtiven Zuschlagsempfänger stammen, sondern sich lediglich auf das Produkt der Fa P***beziehen würden, welches in den Referenzgebäuden verwendet worden sei. Die Informationen würden von der Fa P*** stammen. Auch DI N***, Prüfer der Angebote auf Seiten des Auftraggebers, hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass er im Zuge der Prüfung der Referenzen Rücksprache mit der Fa P*** gehalten habe, von der die Prüfzeugnisse stammen würden (vgl. VH-Schrift Seite 4). Im Rahmen der mündlichen Verhandlung hat sich überdies herausgestellt, dass die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegten Referenzen gar nicht von diesem selbst stammen (vergleiche VH-Schrift Seite 3). So hat RA R*** über Befragen durch den Vorsitzenden erklärt, dass die vorgelegten Referenzen nicht vom präsumtiven Zuschlagsempfänger stammen, sondern sich lediglich auf das Produkt der Fa P***beziehen würden, welches in den Referenzgebäuden verwendet worden sei. Die Informationen würden von der Fa P*** stammen. Auch DI N***, Prüfer der Angebote auf Seiten des Auftraggebers, hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass er im Zuge der Prüfung der Referenzen Rücksprache mit der Fa P*** gehalten habe, von der die Prüfzeugnisse stammen würden (vergleiche VH-Schrift Seite 4).

Damit haben der präsumtive Zuschlagsempfänger selbst wie auch der Auftraggeber zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei den vorgelegten Referenzen nicht um eigene Referenzen des präsumtiven Zuschlagsempfängers, sondern um solche eines anderen Unternehmers - nämlich der Fa P***- handelt. Dies widerspricht jedoch den gesetzlichen Vorgaben des § 79 BVergG, wonach die Bieter ihre eigene Leistungsfähigkeit - und nicht die eines anderen Unternehmers - nachzuweisen haben. Damit haben der präsumtive Zuschlagsempfänger selbst wie auch der Auftraggeber zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei den vorgelegten Referenzen nicht um eigene Referenzen des präsumtiven Zuschlagsempfängers, sondern um solche eines anderen Unternehmers - nämlich der Fa P***- handelt. Dies widerspricht jedoch den gesetzlichen Vorgaben des Paragraph 79, BVergG, wonach die Bieter ihre eigene Leistungsfähigkeit - und nicht die eines anderen Unternehmers - nachzuweisen haben.

Der Auftraggeber, dem diese Tatsache bekannt war (siehe oben), wäre somit gehalten gewesen, diesen Mangel - eine Verbesserbarkeit des Mangels vorausgesetzt - beheben zu lassen und den präsumtiven Zuschlagsempfänger zur Vorlage von Referenzen über von ihm selbst getätigte einschlägige Lieferungen aufzufordern. Indem der Auftraggeber eine Mängelbehebung unterlassen hat, ist jedoch die Angebotsprüfung noch nicht abgeschlossen. Bereits aus diesem Grunde war die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Zu den Prüfzeugnissen:

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat in der Pos 700010B Produkte der Fa P*** angeboten.

In Pos 700010D wurde die Bieterlücke freigelassen. Dies ist insofern unproblematisch, als in der Pos 700010D des LV als Leitprodukt XXXX oder In Pos 700010D wurde die Bieterlücke freigelassen. Dies ist insofern unproblematisch, als in der Pos 700010D des LV als Leitprodukt römisch 40 oder

gleichwertig.... genannt ist und nach LV, Seite 2, Folgendes bestimmt wird:

Setzt der Bieter in die Bieterlücke keine Materialien/Erzeugnisse/Typen seiner Wahl ein, gelten die beispielhaft genannten Bauprodukte als angeboten. Durch das Nichtausfüllen der genannten Bieterlücke iZm der genannten LV-Bestimmung, Seite 2, ergibt sich, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger in Pos 700010D das Leitprodukt XXXX angeboten hat. Setzt der Bieter in die Bieterlücke keine Materialien/Erzeugnisse/Typen seiner Wahl ein, gelten die beispielhaft genannten Bauprodukte als angeboten. Durch das Nichtausfüllen der genannten Bieterlücke iZm der genannten LV-Bestimmung, Seite 2, ergibt sich, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger in Pos 700010D das Leitprodukt römisch 40 angeboten hat.

Gemäß Pos 700010B des LV waren die Absorptionsgrade der Absorber mit Prüfzeugnissen eines anerkannten Prüfinstitutes [...] nachzuweisen.

Die Bestimmungen lauten:

Pos 700010B Z Techn. Beschreibung - Akust. Eigenschaften des LV:

Die Absorptionsgrade der Absorber sind mit Prüfzeugnissen eines anerkannten Prüfinstituts, verfasst in deutscher Sprache, mit der Abgabe des Angebotes nachzuweisen. Ebenso sind die Absorber selbst mit technischen Dokumentationen, Prospektmaterial und (auf Anforderung) Mustern zu dokumentieren.

Pos 701010 des LV:

Mit Standardverglasung (12mm ESG) haben die aufgesetzten Elemente eine Schalldämmung von 45 dB zu erreichen. Dieser Wert ist durch ein Prüfzeugnis nachzuweisen. Qualität, Lochbild, Aufbau und Absorption wie in den Vorbemerkungen beschrieben.

Nach Ansicht der Antragstellerin müssten die zu den Pos 700010B und 701010 geforderten Prüfzeugnisse von unabhängigen akkreditierten Prüfinstituten stammen. Hinsichtlich der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vermutlich angebotenen Produkte der Fa P*** würden solche Prüfzeugnisse jedoch nicht existieren. Die Produkte der Fa P*** würden darüber hinaus weitere Spezifikationen der Ausschreibung nicht erfüllen.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Die Ausschreibung wurde innerhalb der in § 321 Abs 4 BVergG vorgesehenen Frist nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden (vgl. VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 ua; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA//04/2007-36; BVA 21.4.2011, N/0020-BVA/09/2011-28 uva). Die Versäumung der Frist zur Anfechtung führt zur endgültigen Präklusion. Es ist der Nachprüfungsbehörde verwehrt, die Rechtswidrigkeit solcher bestandskräftig gewordener Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen (hier der Zuschlagssentscheidung), inzident in Prüfung zu ziehen (vgl. Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 321 Rz 9). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße. Die Ausschreibung wurde innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 4, BVergG vorgesehenen Frist nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden (vergleiche VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 ua; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA//04/2007-36; BVA 21.4.2011, N/0020-BVA/09/2011-28 uva). Die Versäumung der Frist zur Anfechtung führt zur endgültigen Präklusion. Es ist der Nachprüfungsbehörde verwehrt, die Rechtswidrigkeit solcher bestandskräftig gewordener Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen (hier der Zuschlagssentscheidung), inzident in Prüfung zu ziehen (vergleiche Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 321, Rz 9). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße.

Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind in der Folge an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die bestandsfeste Ausschreibung stellt die unabänderliche Grundlage für die Angebotsprüfung und -bewertung dar (vgl. auch BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26; BVA 23.9.2011, N/0067- BVA/09/2011-21). Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung. Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind in der Folge an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die bestandsfeste Ausschreibung stellt die unabänderliche

Grundlage für die Angebotsprüfung und -bewertung dar vergleiche auch BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26; BVA 23.9.2011, N/0067- BVA/09/2011-21). Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung.

Es ist nunmehr zu untersuchen, wie die gegenständliche bestandskräftige Ausschreibungsbestimmung zu verstehen ist:

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 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). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva.).

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

Objektiver Erklärungswert der Bestimmungen zu "Prüfzeugnissen":

Der Wortlaut der Bestimmung in Pos 700010B ("Prüfzeugnisse eines anerkannten Prüfinstitutes"...) lässt eine Interpretation, wie jene der Antragstellerin, nicht zu. Hätte der Auftraggeber ein Prüfzeugnis eines akkreditierten Prüfinstitutes verlangen wollen, hätte er dies in der Ausschreibung wohl mit den

Worten "Prüfzeugnisse eines akkreditierten Prüfinstitutes".... zusammengefasst.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass ein redlicher fachkundiger Bieter diese Bestimmung nach dem objektiven Erklärungswert als "Prüfzeugnisse eines akkreditierten Prüfinstitutes" zu verstehen gehabt hätte, ist nicht nachvollziehbar.

Das Prüfzeugnis nach Pos 701010 muss nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ("durch ein Prüfzeugnis nachzuweisen".....) nicht (einmal) von einem anerkannten

Prüfinstitut stammen. Das Vorbringen der Antragstellerin, dass ein redlicher fachkundiger Bieter diese Bestimmung nach dem objektiven Erklärungswert als "Prüfzeugnisse eines akkreditierten Prüfinstitutes" zu verstehen gehabt hätte, ist somit hier umso mehr nicht nachvollziehbar.

Ob es sich bei den vom präsumtiven Zuschlagsempfänger zu Pos 700010B vorgelegten Prüfzeugnissen um solche eines anerkannten Prüfinstitutes handelt oder nicht, kann aber schlussendlich ohnedies dahinstehen:

Es ist nämlich erforderlich, dass die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger

nachgereichten Prüfzeugnisse inhaltlich das bestätigen, was laut Ausschreibung

gefordert ist (Anm: Absorptionsgrad bzw Schalldämmung von 45 dB mit Standardverglasung von 12 mm ESG) bzw dass sich die Zeugnisse auf die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger tatsächlich angebotenen Produkte (Anm: der Fa P***) beziehen.gefordert ist Anmerkung, Absorptionsgrad bzw Schalldämmung von 45 dB mit Standardverglasung von 12 mm ESG) bzw dass sich die Zeugnisse auf die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger tatsächlich angebotenen Produkte Anmerkung, der Fa P***) beziehen.

In Pos 701010 des LV ist Folgendes festgelegt:

[...]. Mit der Standardverglasung (12 mm ESG) haben die aufgesetzten Elemente eine Schalldämmung von 45 dB zu erreichen. Dieser Wert ist durch ein Prüfzeugnis nachzuweisen.

Unter der Abkürzung "ESG" ist nach den unzweifelhaften und unwidersprochen gebliebenen Angaben des DI N*** in der mündlichen Verhandlung (vgl VH-Schrift Seite 7) ein Einscheiben-Sicherheitsglas zu verstehen. Dies im Unterschied zu einem Verbund-Sicherheitsglas (Abkürzung "VSG").Unter der Abkürzung "ESG" ist nach den unzweifelhaften und unwidersprochen gebliebenen Angaben des DI N*** in der mündlichen Verhandlung vergleiche VH-Schrift Seite 7) ein Einscheiben-Sicherheitsglas zu verstehen. Dies im Unterschied zu einem Verbund-Sicherheitsglas (Abkürzung "VSG").

Das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegte Prüfzeugnis des Institut J***, XXXX, weist als Prüfgegenstand 12 mm Verbundsicherheitsglas auf.Das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegte Prüfzeugnis des Institut J***, römisch 40 , weist als Prüfgegenstand 12 mm Verbundsicherheitsglas auf.

Indem der präsumtive Zuschlagsempfänger, entgegen der bestandsfesten Ausschreibung, einen Prüfbericht hinsichtlich eines Schalldämmwertes für Verbund-Sicherheitsglas mit 12 mm von 48 dB anstatt eines solchen - bauseits bereits vorhandenen - für Einscheiben-Sicherheitsglas mit 12 mm von 45 dB vorgelegt hat, hat er nicht den in der Ausschreibung verlangten Nachweis geführt bzw ein "Aliud" angeboten.

Das Vorbringen des Auftraggebers, dass dies unbeachtlich sei und der präsumtive Zuschlagsempfänger - durch den Nachweis eines Schalldämmwertes von 48 dB - sogar eine höherwertigere Lösung angeboten habe, als dies nach der Ausschreibung gefordert gewesen sei, ist unzutreffend und nicht nachvollziehbar. Dass ein vom geforderten Produkt (12 mm ESG) abweichendes Produkt (12 mm VSG) ein besseres (48 dB) als das in der Ausschreibung geforderte Ergebnis (45 dB) erbringt, bedeutet nicht, dass der Bieter eine für den Auftraggeber bessere Lösung angeboten hätte, als in der Ausschreibung verlangt wurde. Vielmehr bedeutet dies, dass der Bieter etwas Anderes nachgewiesen bzw angeboten hat, als in der Ausschreibung verlangt war. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass es in die Dispositionsfreiheit des Auftraggebers gestellt ist, die Leistungsanforderungen nach seinen Vorstellungen festzulegen.

Auch das Vorbringen, dass der Unterschied in der Schalldämmung zwischen ESG und VSG nur 2 bis 3 dB betrage, wie dies DI N*** vorgebracht hat, vermag den Standpunkt des Auftraggebers nicht zu stützen. Hiebei handelt es sich um eine nicht belegte bloße Behauptung, der vom Antragsteller auf gleichem Niveau widersprochen wurde. Nach den Angaben des Herrn V*** beträgt der Unterschied zwischen ESG und VSG nicht 2 bis 3 dB, sondern mindestens 5 dB. Ohne Beiziehung eines Sachverständigen wäre es dem Senat nicht möglich, diese Angaben zu verifizieren. Nach dem oben Dargestellten, ist die Klärung dieser Frage jedoch ohnedies nicht mehr entscheidungsrelevant, da der Auftraggeber die nachzuweisenden Anforderungen eindeutig festgelegt und der präsumtive Zuschlagsempfänger diesen nicht entsprochen hat.

Zu Spruchpunkt II.:Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

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 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.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 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Die Antragstellerin hat obsiegt (siehe Spruchpunkt I). Dem Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren ist daher stattzugeben. Die Antragstellerin hat obsiegt (siehe Spruchpunkt römisch eins). Dem Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren ist daher stattzugeben.

Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder dieser nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder dieser nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Mit Bescheid vom 8.11.2011, GZ N/0110-BVA/09/2011-EV10, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Demgemäß ist auch dem Antrag der Antragstellerin auf Ersatz der Pauschalgebühr hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattzugeben.

Die Antragstellerin hat für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie den Nachprüfungsantrag insgesamt Euro 2.627,-- an Pauschalgebühren entrichtet, die ihre vom Auftraggeber zu ersetzen sind.

Zuletzt aktualisiert am

11.10.2012

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at