

TE Verg Bescheid 2011/5/2 N/0021-BVA/10/2011-33

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.05.2011

Norm

BVergG 2006 §68 Abs1 Z7

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 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 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Dr. Walter

Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung und Montage von Hörsaalbestuhlungen für die Universität Salzburg" des Auftraggebers Universität Salzburg, Wirtschaftsabteilung, vertreten durch die vergebende Stelle A*** vertreten durch X***, Rechtsanwalt, eingeleitet über Antrag der B*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH vom 21. März 2011 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der B*** auf Nichtigerklärung der sie betreffenden Ausscheidensentscheidung vom 11. März 2011 in dem Vergabeverfahren "Lieferung und Montage von Hörsaalbestuhlungen für die Universität Salzburg" wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 129 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 129, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag der B*** auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 11. März 2011 zugunsten des Angebotes der C*** in dem Vergabeverfahren "Lieferung und Montage von Hörsaalbestuhlungen für die Universität Salzburg" wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 320 Abs 1 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 320, Absatz eins, BVergG

III.römisch drei.

Der Antrag der B*** auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die Antragstellerin stellte am 21. März 2011 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung. Diese stütze sie im Wesentlichen darauf, dass die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend begründet seien und die Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung mit 14 Tagen falsch angegeben sei. Sie habe durch die Abgabe ihres Angebots ihr Interesse am Vertragsabschluss ausreichend nachgewiesen. Der Schaden bestehe in den Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren in der Höhe von Euro 2.600, dem entgangenen Gewinn in der Höhe von 15 % des Auftragswertes in der Höhe von Euro 35.899, den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Höhe von Euro 2.500 sowie dem Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihren Rechten auf Gleichbehandlung aller Bieter insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, darauf, dass die Auftraggeberin die Ausscheidensentscheidung vergaberechtskonform gemäß § 129 Abs 3 BVergG inhaltlich klar und hinreichend konkret begründet, um die Entscheidung nachvollziehen zu können, darauf, dass die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform gemäß § 131 Abs 1 BVergG inhaltlich klar und hinreichend konkret begründet, um die Entscheidung nachvollziehen zu können, darauf, dass ihr Angebot nicht ausgeschieden wird, auf Beachtung der vergaberechtlichen Selbstbindung der Auftraggeberin an ihre eigenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf eine durchzuführende Bemusterung, auf Ausschluss der C*** wegen Vorliegens eines allfälligen Ausschluss- oder Ausscheidensgrundes, darauf, in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erlangen und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das insbesondere den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs sowie des Transparenzgebotes entspricht. Zur Begründung des Nachprüfungsantrags brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Ausscheidensentscheidung nicht nachvollziehbar sei, da die Auftraggeberin die Gründe für das Ausscheiden nicht bekannt gegeben habe. Sie sei jedoch so zu begründen, dass sie zur Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutzes nachvollzogen werden könne. Auch die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da die Auftraggeberin die Antragstellerin bei der Bestbieterermittlung

berücksichtigen und zu dem Schluss kommen müssen hätte, dass ihr Angebot das technisch und wirtschaftlich günstigste gewesen sei. Überdies hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Bemusterung einladen müssen. Weiters sei die Stillhaltefrist mit 14 Tagen falsch angegeben worden. Die Begründung der Zuschlagsentscheidung sei inhaltlich nicht nachvollziehbar. Über das vierte qualitative Zuschlagskriterium, Umweltverträglichkeit der verwendeten Materialien, enthalte die Zuschlagsentscheidung überhaupt keine Informationen. Auch die Punkteverteilung fehle in der Zuschlagsentscheidung. Die mitgeteilte Zuschlagsentscheidung vom 11. März 2011 sei auch aus diesen Gründen vergaberechtswidrig, weil insbesondere die von § 131 Abs 1 BVergG geforderten Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes in keiner Weise mitgeteilt und begründet worden seien. Die Auftraggeberin habe ihre Mitteilungs- und Begründungspflichten gemäß § 131 Abs 1 BVergG jedenfalls verletzt. Die Antragstellerin stellte am 21. März 2011 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung. Diese stütze sie im Wesentlichen darauf, dass die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend begründet seien und die Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung mit 14 Tagen falsch angegeben sei. Sie habe durch die Abgabe ihres Angebots ihr Interesse am Vertragsabschluss ausreichend nachgewiesen. Der Schaden bestehe in den Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren in der Höhe von Euro 2.600, dem entgangenen Gewinn in der Höhe von 15 % des Auftragswertes in der Höhe von Euro 35.899, den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Höhe von Euro 2.500 sowie dem Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihren Rechten auf Gleichbehandlung aller Bieter insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, darauf, dass die Auftraggeberin die Ausscheidensentscheidung vergaberechtskonform gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG inhaltlich klar und hinreichend konkret begründet, um die Entscheidung nachvollziehen zu können, darauf, dass die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG inhaltlich klar und hinreichend konkret begründet, um die Entscheidung nachvollziehen zu können, darauf, dass ihr Angebot nicht ausgeschieden wird, auf Beachtung der vergaberechtlichen Selbstbindung der Auftraggeberin an ihre eigenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf eine durchzuführende Bemusterung, auf Ausschluss der C*** wegen Vorliegens eines allfälligen Ausschluss- oder Ausscheidensgrundes, darauf, in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erlangen und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das insbesondere den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs sowie des Transparenzgebotes entspricht. Zur Begründung des Nachprüfungsantrags brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Ausscheidensentscheidung nicht nachvollziehbar sei, da die Auftraggeberin die Gründe für das Ausscheiden nicht bekannt gegeben habe. Sie sei jedoch so zu begründen, dass sie zur Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutzes nachvollzogen werden könne. Auch die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da die Auftraggeberin die Antragstellerin bei der Bestbieterermittlung berücksichtigen und zu dem Schluss kommen müssen hätte, dass ihr Angebot das technisch und wirtschaftlich günstigste gewesen sei. Überdies hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Bemusterung einladen müssen. Weiters sei die Stillhaltefrist mit 14 Tagen falsch angegeben worden. Die Begründung der Zuschlagsentscheidung sei inhaltlich nicht nachvollziehbar. Über das vierte qualitative Zuschlagskriterium, Umweltverträglichkeit der verwendeten Materialien, enthalte die Zuschlagsentscheidung überhaupt keine Informationen. Auch die Punkteverteilung fehle in der Zuschlagsentscheidung. Die mitgeteilte Zuschlagsentscheidung vom 11. März 2011 sei auch aus diesen Gründen vergaberechtswidrig, weil insbesondere die von Paragraph 131, Absatz eins, BVergG geforderten Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes in keiner Weise mitgeteilt und begründet worden seien. Die Auftraggeberin habe ihre Mitteilungs- und Begründungspflichten gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG jedenfalls verletzt.

Die Auftraggeberin erteilte am 25. März 2011 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung.

Die Auftraggeberin legte am 25. März 2011 die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Am 28. März 2011 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass der Sachverhalt im Nachprüfungsantrag im Wesentlichen richtig wiedergegeben sei. Implizit bemängelte Ausschreibungsbestimmungen seien bestandsfest geworden. Die Ausscheidensentscheidung habe ausreichend

Gründe für das Ausscheiden enthalten. Eine allenfalls mangelhafte Begründung für das Ausscheiden sei für das vorliegende Verfahren ohne Relevanz. Es lägen mehrere Ausscheidensgründe im Angebot der Antragstellerin vor. Ihr fehle die Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Mit Mail vom 18. Jänner 2011 sei sie zur Verbesserung bis 21. Jänner 2011 aufgefordert worden. Sie habe erst am 24. Jänner 2011 darauf geantwortet. Die geforderten Nachweise seien teilweise nicht vorgelegt worden. Nach vertiefter Angebotsprüfung sei die vergebende Stelle zu dem Schluss gekommen, dass lediglich zwei von sieben Angeboten nicht auszuschneiden seien. Sie habe einen Vergabevermerk angefertigt, in dem die Ausscheidensgründe detailliert ausgeführt seien. Die verbliebenen Bieter seien zur Bemusterung eingeladen worden. Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts ergäben sich keine wesentlichen Vergabewidrigkeiten, also keine Vergabewidrigkeit, die für den Ausgang des Verfahrens von Relevanz sei, da durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Antragstellerin kein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Das Angebot wäre unter den bewerteten Angeboten an letzter Stelle zu reihen. Es komme für eine Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht. Ein Mangel, der nicht zu einer Änderung in der Reihung der Bieter führe, könne nicht zu einer Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung führen. Schon daher könnten die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten nicht "von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens" sein. Wenn Ausscheidensgründe - so wie im vorliegenden Fall - vorlägen, fehle es der Antragstellerin nach ständiger Rechtsprechung an der Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Die Eigenerklärung sei zu unbestimmt und genüge daher nicht den gesetzlichen Anforderungen. Die Antragstellerin verfüge lediglich über das Gewerbe "Zusammenbau von Kino- und Theaterstühlen aus zugekauften, vorgefertigten Bestandteilen aus Metall und Polsterung mit einfachen Handgriffen durch Verschrauben" als freies Gewerbe. Diese Befugnis reiche nicht für die in Position 80.00.05A Z geforderte Planung. Die Antragstellerin dürfe die ausgeschriebene Leistung gewerberechtlich nicht erbringen und habe bereits durch die Angebotslegung den Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO iVm § 1 Abs 4 2. Satz GewO verwirklicht. Das angebotene Produkt entspreche nicht den Vorgaben der Ausschreibung, da für Dämmmaterial kein Platz vorgesehen sei und der erforderliche Schallschutzwert $\alpha_w \geq 0,2$ nicht erreicht werden könne. Die Tischplatte weise eine in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich nicht vorgesehene Stütze ("ohne Stütze") auf. Die Antragstellerin habe die in der Ausschreibung vorgesehenen Hohlräume für eine Kabelführung etwa für eine Stromversorgung nicht eingeplant. Es wäre lediglich eine an der Außenseite sichtbare Verkabelung möglich. Entgegen den Anforderungen der Ausschreibung in Position 80.10.00B seien die Zeichnungen mit Darstellung der Konstruktion, der Materialien und der Beschreibung der angebotenen Oberflächenbehandlung von Stahl und Holz nicht beigelegt und wurden trotz der Aufforderung vom 18. Jänner 2011, diese bis 21. Jänner 2011 vorzulegen, erst am 24. Jänner 2011 vorgelegt. Diese Verspätung stelle bereits einen Ausscheidensgrund dar. Entgegen der Ausschreibung seien die Standrohre sichtbar. Das Angebot der Antragstellerin entspreche daher nicht der dargestellten formalen Gestaltung und äußeren Profilierung im Sinne der Position 80.00.05B Punkt 1.3 in Verbindung mit der Ausschreibung beiliegenden Plänen. Das stelle den Ausscheidensgrund nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG dar. Entgegen Position 80.10.00D Z seien die Standrohre nicht bekleidet vorgesehen und es werde auch optisch kein durchgehender Winkel, eine L-Form, erzeugt. Die akustischen Anforderungen an die Konstruktion hinsichtlich Schallabsorption durch Anbringen von MDF-Platten würden dadurch nicht erfüllt. Es sei offenbar ein unrichtiges Fabrikat für die MDF-Akustikplatte, nämlich "D****" eingetragen. Trotz Aufforderung sei keine Aufklärung geliefert worden. Dabei handle es nicht um die MDF-Akustikplatte, sondern lediglich das Gestühl. Entgegen der Position 80.10.00D sei das Standrohr in die Trittstufe eingelassen. Die Aufklärung, die am 18. Jänner 2011 bis 21. Jänner 2011 gefordert worden sei, sei erst am 24. Jänner 2011 geliefert worden[#] und sei damit verspätet gewesen. Der Ausscheidungsgrund nach § 129 Abs 2 BVergG sei dadurch erfüllt. Die Aufklärung, dass die angesprochenen Positionen "ausschreibungskonform" seien, sei unzulässig, weil sie nicht nachvollziehbar sei. Die Begründung der Ausscheidensentscheidung sei ausreichend. Es bestünden keine derart hohen Anforderungen wie bei der Begründung der Zuschlagsentscheidung. In Zusammenhang mit der Aufforderung zur Aufklärung müsste der Antragstellerin ausreichend klar sein, dass ihre nachfolgende Ausscheidung nicht rechtswidrig gewesen sei. Selbst wenn die Ausscheidensentscheidung nicht ausreichend begründet gewesen sei, wäre dies ohne Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil das Angebot der Antragstellerin mangels ausreichender Befugnis auszuschneiden sei. Die Angabe einer falschen Stillhaltefrist habe keine Auswirkung auf die Anfechtungsfrist. Für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung komme der Antragstellerin keine Antragslegitimation zu. Gleiches gelte für die unterlassene Einladung zur Bemusterung. Die Auftraggeberin beantragt, den Nachprüfungsantrag zurück, in eventu abzuweisen. Am 28. März 2011 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass

der Sachverhalt im Nachprüfungsantrag im Wesentlichen richtig wiedergegeben sei. Implizit bemängelte Ausschreibungsbestimmungen seien bestandsfest geworden. Die Ausscheidensentscheidung habe ausreichend Gründe für das Ausscheiden enthalten. Eine allenfalls mangelhafte Begründung für das Ausscheiden sei für das vorliegende Verfahren ohne Relevanz. Es lägen mehrere Ausscheidensgründe im Angebot der Antragstellerin vor. Ihr fehle die Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Mit Mail vom 18. Jänner 2011 sei sie zur Verbesserung bis 21. Jänner 2011 aufgefordert worden. Sie habe erst am 24. Jänner 2011 darauf geantwortet. Die geforderten Nachweise seien teilweise nicht vorgelegt worden. Nach vertiefter Angebotsprüfung sei die vergebende Stelle zu dem Schluss gekommen, dass lediglich zwei von sieben Angeboten nicht auszuschneiden seien. Sie habe einen Vergabevermerk angefertigt, in dem die Ausscheidensgründe detailliert ausgeführt seien. Die verbliebenen Bieter seien zur Bemusterung eingeladen worden. Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts ergäben sich keine wesentlichen Vergabewidrigkeiten, also keine Vergabewidrigkeit, die für den Ausgang des Verfahrens von Relevanz sei, da durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Antragstellerin kein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Das Angebot wäre unter den bewerteten Angeboten an letzter Stelle zu reihen. Es komme für eine Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht. Ein Mangel, der nicht zu einer Änderung in der Reihung der Bieter führe, könne nicht zu einer Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung führen. Schon daher könnten die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten nicht "von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens" sein. Wenn Ausscheidensgründe - so wie im vorliegenden Fall - vorlägen, fehle es der Antragstellerin nach ständiger Rechtsprechung an der Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Die Eigenerklärung sei zu unbestimmt und genüge daher nicht den gesetzlichen Anforderungen. Die Antragstellerin verfüge lediglich über das Gewerbe "Zusammenbau von Kino- und Theaterstühlen aus zugekauften, vorgefertigten Bestandteilen aus Metall und Polsterung mit einfachen Handgriffen durch Verschrauben" als freies Gewerbe. Diese Befugnis reiche nicht für die in Position 80.00.05A Z geforderte Planung. Die Antragstellerin dürfe die ausgeschriebene Leistung gewerberechtlich nicht erbringen und habe bereits durch die Angebotslegung den Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz 4, 2. Satz GewO verwirklicht. Das angebotene Produkt entspreche nicht den Vorgaben der Ausschreibung, da für Dämmmaterial kein Platz vorgesehen sei und der erforderliche Schallschutzwert $\alpha_w \geq 0,2$ nicht erreicht werden könne. Die Tischplatte weise eine in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich nicht vorgesehene Stütze ("ohne Stütze") auf. Die Antragstellerin habe die in der Ausschreibung vorgesehenen Hohlräume für eine Kabelführung etwa für eine Stromversorgung nicht eingeplant. Es wäre lediglich eine an der Außenseite sichtbare Verkabelung möglich. Entgegen den Anforderungen der Ausschreibung in Position 80.10.00B seien die Zeichnungen mit Darstellung der Konstruktion, der Materialien und der Beschreibung der angebotenen Oberflächenbehandlung von Stahl und Holz nicht beigelegt und wurden trotz der Aufforderung vom 18. Jänner 2011, diese bis 21. Jänner 2011 vorzulegen, erst am 24. Jänner 2011 vorgelegt. Diese Verspätung stelle bereits einen Ausscheidensgrund dar. Entgegen der Ausschreibung seien die Standrohre sichtbar. Das Angebot der Antragstellerin entspreche daher nicht der dargestellten formalen Gestaltung und äußeren Profilierung im Sinne der Position 80.00.05B Punkt 1.3 in Verbindung mit der Ausschreibung beiliegenden Plänen. Das stelle den Ausscheidensgrund nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG dar. Entgegen Position 80.10.00D Z seien die Standrohre nicht bekleidet vorgesehen und es werde auch optisch kein durchgehender Winkel, eine L-Form, erzeugt. Die akustischen Anforderungen an die Konstruktion hinsichtlich Schallabsorption durch Anbringen von MDF-Platten würden dadurch nicht erfüllt. Es sei offenbar ein unrichtiges Fabrikat für die MDF-Akustikplatte, nämlich "D***" eingetragen. Trotz Aufforderung sei keine Aufklärung geliefert worden. Dabei handle es nicht um die MDF-Akustikplatte, sondern lediglich das Gestühl. Entgegen der Position 80.10.00D sei das Standrohr in die Trittstufe eingelassen. Die Aufklärung, die am 18. Jänner 2011 bis 21. Jänner 2011 gefordert worden sei, sei erst am 24. Jänner 2011 geliefert worden und sei damit verspätet gewesen. Der Ausscheidensgrund nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG sei dadurch erfüllt. Die Aufklärung, dass die angesprochenen Positionen "ausschreibungskonform" seien, sei unzulässig, weil sie nicht nachvollziehbar sei. Die Begründung der Ausscheidensentscheidung sei ausreichend. Es bestünden keine derart hohen Anforderungen wie bei der Begründung der Zuschlagsentscheidung. In Zusammenhang mit der Aufforderung zur Aufklärung müsste der Antragstellerin ausreichend klar sein, dass ihre nachfolgende Ausscheidung nicht rechtswidrig gewesen sei. Selbst wenn die Ausscheidensentscheidung nicht ausreichend begründet gewesen sei, wäre dies ohne Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil das Angebot der Antragstellerin mangels ausreichender Befugnis auszuschneiden sei. Die Angabe einer falschen Stillhaltefrist habe keine

Auswirkung auf die Anfechtungsfrist. Für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung komme der Antragstellerin keine Antragslegitimation zu. Gleiches gelte für die unterlassene Einladung zur Bemusterung. Die Auftraggeberin beantragt, den Nachprüfungsantrag zurück, in eventu abzuweisen.

Am 29. März 2011 erließ das Bundesvergabeamt zur Zahl N/0021-BVA/10/2011-EV11 eine einstweilige Verfügung. Darin untersagte es die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Den Antrag auf Aussetzung der Zuschlagserteilung wies es ab.

Mit E-Mail vom 29. März 2011, am 30. März 2011 beim Bundesvergabeamt eingelangt, erhob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei, da dem Angebot in der Ausschreibung genau bezeichnete Unterlagen beizulegen gewesen wären und sie diese nicht angeschlossen habe. Eventuell in der Ausschreibung vorhandene Mängel hätten fristgerecht gerügt werden müssen. Der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin seien erhebliche Kosten entstanden. Diese seien bei Stattgabe des Nachprüfungsantrags verloren. Ebenso würde die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Auslastung der Maschinen und den kalkulierten Gewinn verlieren. Eine Akteneinsicht wäre unzulässig, da die Ausarbeitungen geistiges Eigentum der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin darstellten. Eine Bemusterung durch die Antragstellerin wäre ebenso wie ein Nachreichen der fehlenden Unterlagen eine Wettbewerbsverzerrung zu Lasten der übrigen Bieter, da die Antragstellerin dadurch mehr Zeit zur Verfügung hätte. Es bestünde Eile. Die Verzögerung würde zu zusätzlichen Kosten führen. Die Angebotsprüfung habe sorgfältig stattgefunden.

Mit dem Schriftsatz vom 30. April 2011 stellte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin einen Schreibfehler in den begründeten Einwendungen richtig.

Mit Schreiben vom 4. April 2011 nahm die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zum Umfang der Akteneinsicht Stellung.

Mit dem Schriftsatz vom 8. April 2011 nahm die Antragstellerin Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die mitgeteilte Ausscheidensentscheidung vom 11. März 2011 keine Begründung enthalte, die inhaltlich dargelegt hätte, warum ihr Angebot ausgeschieden worden sei. Es finde sich kein Hinweis, welche gesetzliche Ausscheidenstatbestand erfüllt sein solle. Schon aus diesem Grund müsse die Ausscheidensentscheidung für nichtig erklärt werden. Dies zeige sich auch daran, dass in der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 28. März 2011 auf sechs Seiten dargelegt sei, warum das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sei. Diese treffen nicht zu. Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Begründungspflicht der Zuschlagsentscheidung treffe auch auf die Begründungspflicht der Ausscheidensentscheidung zu. Es werde die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrags erschwert oder behindert, wenn die anzufechtende Ausscheidensentscheidung inhaltlich nicht begründet werde. Die Antragstellerin sei jedenfalls antragslegitimiert, die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung zu bekämpfen. In der mitgeteilten Ausscheidensentscheidung vom 11. März 2011 finde sich nicht der geringste Hinweis, dass die Antragstellerin wegen fehlender Befugnis oder fehlender vergaberechtlicher Eignung ausgeschlossen worden sei. Die abgegebene Eigenerklärung entspreche dem Muster aus der Ausschreibung. Im Hinblick auf die vermeintlich fehlende Eigenerklärung hätte die Auftraggeberin einen Mängelbehebungsauftrag erteilen müssen. Dieser sei nicht erteilt worden. Überdies sei der Auftraggeberin ein Gewerberegisterauszug vorgelegen. Die Gewerbeberechtigung für den Zusammenbau von Kino und Theaterstühlen aus zugekauften, vorgefertigten Bestandteilen aus Metall und Polsterung mit einfachen Handgriffen durch Verschraubungen sei für den gegenständlichen Auftrag in Zusammenhang mit den Nebenrechten nach § 32 GewO ausreichend. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe keine Anzeige im Sinne des § 373a Abs 4 GewO für das sensibel anzeigepflichtige Gewerbe gemäß § 94 Z 69 GewO vor Ende der Angebotsfrist eingebracht. Die Angebotsprüfung sei unzulänglich durchgeführt worden. Hätte die Auftraggeberin im Rahmen einer vergaberechtskonformen Angebotsprüfung die Antragstellerin konkret um Aufklärung der vermeintlichen Angebotsmenge ersucht, hätte sie die Bedenken der Auftraggeberin ebenfalls ausgeräumt. Die Auftraggeberin habe auf die in Punkt B.6.2 der Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Musterung verzichtet. Das Bundesvergabeamt sei nicht zuständig, eine vom Auftraggeber nicht abgeschlossene Angebotsprüfung ersatzweise durchzuführen oder abzuschließen. Zur verspäteten Aufklärung sei anzumerken, dass der Projektleiter der Antragstellerin der vergebenden Stelle mitgeteilt habe, dass er aufgrund einer beruflichen Abwesenheit nicht in der Lage sei, die zu kurz gesetzte dreitägige Frist einzuhalten. Dies sei von der vergebenden Stelle akzeptiert worden. Dieser Ausscheidensgrund sei auch nicht in der Ausscheidensentscheidung erwähnt. Überdies könne dieser

Ausscheidensgrund nur vom Auftraggeber herangezogen werden, wenn dies der Auftraggeber vorweg angekündigt hätte. Eine solche Ankündigung fehle jedoch. Überdies sei die Aufklärung am nächstfolgenden Arbeitstag zugegangen. Die Position 80.10.11D gebe es in der Ausschreibung nicht. Die Aufklärung zur Position 80.10.00E sollte zum Ausdruck bringen, dass die Antragstellerin das Leitprodukt angeboten habe einer weiteren Aufklärung bedürfe es dabei nicht. Mit dem Schriftsatz vom 8. April 2011 nahm die Antragstellerin Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die mitgeteilte Ausscheidensentscheidung vom 11. März 2011 keine Begründung enthalte, die inhaltlich dargelegt hätte, warum ihr Angebot ausgeschieden worden sei. Es finde sich kein Hinweis, welche gesetzliche Ausscheidenstatbestand erfüllt sein solle. Schon aus diesem Grund müsse die Ausscheidensentscheidung für nichtig erklärt werden. Dies zeige sich auch daran, dass in der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 28. März 2011 auf sechs Seiten dargelegt sei, warum das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sei. Diese treffen nicht zu. Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Begründungspflicht der Zuschlagsentscheidung treffe auch auf die Begründungspflicht der Ausscheidensentscheidung zu. Es werde die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrags erschwert oder behindert, wenn die anzufechtende Ausscheidensentscheidung inhaltlich nicht begründet werde. Die Antragstellerin sei jedenfalls antragslegitimiert, die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung zu bekämpfen. In der mitgeteilten Ausscheidensentscheidung vom 11. März 2011 finde sich nicht der geringste Hinweis, dass die Antragstellerin wegen fehlender Befugnis oder fehlender vergaberechtlicher Eignung ausgeschlossen worden sei. Die abgegebene Eigenerklärung entspreche dem Muster aus der Ausschreibung. Im Hinblick auf die vermeintlich fehlende Eigenerklärung hätte die Auftraggeberin einen Mängelbehebungsauftrag erteilen müssen. Dieser sei nicht erteilt worden. Überdies sei der Auftraggeberin ein Gewerbeverzeichnisauszug vorgelegen. Die Gewerbeberechtigung für den Zusammenbau von Kino und Theaterstühlen aus zugekauften, vorgefertigten Bestandteilen aus Metall und Polsterung mit einfachen Handgriffen durch Verschraubungen sei für den gegenständlichen Auftrag in Zusammenhang mit den Nebenrechten nach Paragraph 32, GewO ausreichend. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe keine Anzeige im Sinne des Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO für das sensibel anzeigepflichtige Gewerbe gemäß Paragraph 94, Ziffer 69, GewO vor Ende der Angebotsfrist eingebracht. Die Angebotsprüfung sei unzulänglich durchgeführt worden. Hätte die Auftraggeberin im Rahmen einer vergaberechtskonformen Angebotsprüfung die Antragstellerin konkret um Aufklärung der vermeintlichen Angebotsmenge ersucht, hätte sie die Bedenken der Auftraggeberin ebenfalls ausgeräumt. Die Auftraggeberin habe auf die in Punkt B.6.2 der Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Musterung verzichtet. Das Bundesvergabeamt sei nicht zuständig, eine vom Auftraggeber nicht abgeschlossene Angebotsprüfung ersatzweise durchzuführen oder abzuschließen. Zur verspäteten Aufklärung sei anzumerken, dass der Projektleiter der Antragstellerin der vergebenden Stelle mitgeteilt habe, dass er aufgrund einer beruflichen Abwesenheit nicht in der Lage sei, die zu kurz gesetzte dreitägige Frist einzuhalten. Dies sei von der vergebenden Stelle akzeptiert worden. Dieser Ausscheidensgrund sei auch nicht in der Ausscheidensentscheidung erwähnt. Überdies könne dieser Ausscheidensgrund nur vom Auftraggeber herangezogen werden, wenn dies der Auftraggeber vorweg angekündigt hätte. Eine solche Ankündigung fehle jedoch. Überdies sei die Aufklärung am nächstfolgenden Arbeitstag zugegangen. Die Position 80.10.11D gebe es in der Ausschreibung nicht. Die Aufklärung zur Position 80.10.00E sollte zum Ausdruck bringen, dass die Antragstellerin das Leitprodukt angeboten habe einer weiteren Aufklärung bedürfe es dabei nicht.

Mit Schriftsatz vom 12. April 2011 nahm die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erneut Stellung. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass die Gewerbeberechtigung der Antragstellerin für den ausgeschriebenen Auftrag nicht ausreiche, weil es sich um einen Hörsaal handle, der nicht mit einem Kino oder Theater vergleichbar sei. Überdies gebe es in einem Kino oder Theater keine Tischeinheiten. Im Übrigen verwies sie auf das bisherige Vorbringen.

Am 25. April 2011 brachte die Auftraggeberin einen weiteren Schriftsatz per E-Mail ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung fehle. Die Ausscheidensentscheidung sei ausreichend begründet. Der vom § 129 BVergG geforderte Grund sei angegeben. Die Aussagen zu § 131 BVergG seien auf das Ausscheiden von Angeboten nicht übertragbar. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausschreibungskonform, da sie notwendige Bestandteile nicht eingeplant habe. Wenn tatsächlich ein Begründungsmangel vorliegen sollte, sei dieser nicht wesentlich. Es sei eine kurze und prägnante Begründung gewählt worden, mit der auch jeder Bieter im Zusammenhalt mit der jeweils gehandelten Korrespondenz ausreichend informiert worden sei. Da die in der Stellungnahme vom 28. März 2011 geltend gemachten Ausscheidensgründe tatsächlich vorlägen, fehle ihr die Antragslegitimation für die Nichtigerklärung der

Zuschlagsentscheidung. Vor diesem Hintergrund sei durch die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung für sie nichts gewonnen. Die Eigenerklärung der Antragstellerin umfasse gerade nicht den Nachweis der Eignung nach § 70 BVergG. Es sei kein Nachweis erbracht worden, dass die Antragstellerin im maßgeblichen Zeitpunkt die erforderlichen Befugnisse aufgewiesen habe. Die erforderliche Befugnis für die Planung könne nicht substituiert werden. Ein Zulieferer sei kein Subunternehmer und könne daher eine fehlende Befugnis nicht ersetzen. Unternehmer für die Planung und Herstellung des ausgeschriebenen Hörsaalgestühls sei nicht genannt worden. Die Planung und Herstellung keine nicht im Rahmen der Nebenrechte der Antragstellerin nach § 32 GewO erbracht werden, da sie über 10 % des gesamten Leistungsumfangs ausmachten. Die Antragstellerin sei daher nicht ausreichend befugt, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen. Die Auftraggeberin habe von einer der Bemusterung durch die Antragstellerin abgesehen, um weitere unnötige Verfahrenskosten der Antragstellerin hintanzuhalten. Das Angebot der Antragstellerin wäre auf Grundlage einer Gleichung. Um alle Angebote bei der Bemusterung letztgereihtes. Eine Bemusterung des Angebots der Antragstellerin keine daher keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens haben. Spätestens aufgrund der nachgereichten Planunterlagen der Antragstellerin sei für die Auftraggeberin klar gewesen, dass im Angebot der Antragstellerin wesentlichen Anforderungen an die Ausschreibung nicht entsprochen worden sei. Auf dieser Grundlage habe die Antragstellerin kein ausschreibungskonformes Angebot mehr nachweisen können. Die Angebote seien durch die vergebende Stelle sachverständig geprüft worden. Die Aufklärung sei verspätet erteilt worden. Die Antragstellerin habe trotz Aufforderung zur Erteilung von Auskünften zu einer Position, die in der Ausschreibung nicht vorkomme, zur richtigen Position Auskunft erteilt. Die Wortfolge "ausschreibungskonform" sei nach allen Regeln der deutschen Sprache nicht als Antwort auf die gestellte Frage zu deuten. Am 25. April 2011 brachte die Auftraggeberin einen weiteren Schriftsatz per E-Mail ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung fehle. Die Ausscheidensentscheidung sei ausreichend begründet. Der vom Paragraph 129, BVergG geforderte Grund sei angegeben. Die Aussagen zu Paragraph 131, BVergG seien auf das Ausscheiden von Angeboten nicht übertragbar. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausschreibungskonform, da sie notwendige Bestandteile nicht eingeplant habe. Wenn tatsächlich ein Begründungsmangel vorliegen sollte, sei dieser nicht wesentlich. Es sei eine kurze und prägnante Begründung gewählt worden, mit der auch jeder Bieter im Zusammenhalt mit der jeweils gehandelten Korrespondenz ausreichend informiert worden sei. Da die in der Stellungnahme vom 28. März 2011 geltend gemachten Ausscheidensgründe tatsächlich vorlägen, fehle ihr die Antragslegitimation für die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Vor diesem Hintergrund sei durch die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung für sie nichts gewonnen. Die Eigenerklärung der Antragstellerin umfasse gerade nicht den Nachweis der Eignung nach Paragraph 70, BVergG. Es sei kein Nachweis erbracht worden, dass die Antragstellerin im maßgeblichen Zeitpunkt die erforderlichen Befugnisse aufgewiesen habe. Die erforderliche Befugnis für die Planung könne nicht substituiert werden. Ein Zulieferer sei kein Subunternehmer und könne daher eine fehlende Befugnis nicht ersetzen. Unternehmer für die Planung und Herstellung des ausgeschriebenen Hörsaalgestühls sei nicht genannt worden. Die Planung und Herstellung keine nicht im Rahmen der Nebenrechte der Antragstellerin nach Paragraph 32, GewO erbracht werden, da sie über 10 % des gesamten Leistungsumfangs ausmachten. Die Antragstellerin sei daher nicht ausreichend befugt, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen. Die Auftraggeberin habe von einer der Bemusterung durch die Antragstellerin abgesehen, um weitere unnötige Verfahrenskosten der Antragstellerin hintanzuhalten. Das Angebot der Antragstellerin wäre auf Grundlage einer Gleichung. Um alle Angebote bei der Bemusterung letztgereihtes. Eine Bemusterung des Angebots der Antragstellerin keine daher keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens haben. Spätestens aufgrund der nachgereichten Planunterlagen der Antragstellerin sei für die Auftraggeberin klar gewesen, dass im Angebot der Antragstellerin wesentlichen Anforderungen an die Ausschreibung nicht entsprochen worden sei. Auf dieser Grundlage habe die Antragstellerin kein ausschreibungskonformes Angebot mehr nachweisen können. Die Angebote seien durch die vergebende Stelle sachverständig geprüft worden. Die Aufklärung sei verspätet erteilt worden. Die Antragstellerin habe trotz Aufforderung zur Erteilung von Auskünften zu einer Position, die in der Ausschreibung nicht vorkomme, zur richtigen Position Auskunft erteilt. Die Wortfolge "ausschreibungskonform" sei nach allen Regeln der deutschen Sprache nicht als Antwort auf die gestellte Frage zu deuten.

Am 26. April 2011 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Der Vertreter der Antragstellerin behielt sich eine Stellungnahme zu dem letzten Schriftsatz der Auftraggeberin vor. Er verwies auf jüngste Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 21. 3. 2011, 2008/04/0083-11), wonach die Fristversäumnis alleine noch keinen Grund für das Ausscheiden eines Angebotes gemäß § 129 Abs 2 BVergG abgebe.

Wenn die Aufklärung vor der Ausscheidensentscheidung beim Auftraggeber einlange, sei sie zu berücksichtigen. Die Vorgangsweise des Auftraggebers widerspreche den Grundsätzen des Vergabeverfahrens, weil zwischen Zugang der Aufklärung und der Ausscheidensentscheidung ein relativ langer Zeitraum liege. Der Vertreter der Auftraggeberin verwies darauf, dass die Verspätung der Aufklärung nicht der einzige Ausscheidensgrund sei. Die Aufklärung sei auch inhaltlich unzureichend gewesen. Der Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin verwies darauf, dass bei Bedenken gegen die Ausschreibung diese fristgerecht anzufechten gewesen wäre. Der Vertreter der Antragstellerin verwies darauf, dass die Planung nach Punkt 80.00.05C erst nach Auftragserteilung zu erstellen sei. Die dem Angebot anzuschließenden Pläne hätten einen weit geringeren Detaillierungsgrad. Der Vertreter der Zeichnungen sollten zeigen, dass die Anforderungen der Ausschreibung erfüllt seien. Fotos geeigneter Produkte seien bestenfalls ergänzend zulässig. Das Ausscheiden sei nach Vorliegen des Vergabevermerks zum Schluss des Vergabeverfahrens im Einvernehmen mit dem Auftraggeber erfolgt. Im Zuge der Prüfung der Referenzen habe es Telefonate mit den jeweiligen Auftraggebern gegeben. Der Vertreter der Antragstellerin brachte vor, dass das Aufklärungsersuchen in Punkt 3 nach der Unklarheitenregelung des § 115 ABGB der Antragstellerin nicht zum Nachteil gereichen könne. Das Ziel der Aufklärung sei die Darlegung der Konstruktion gewesen. Die Zeichnungen sollten das Innenleben darstellen. Im Angebot der Antragstellerin finde sich kein Hinweis, dass sie etwas nicht anbieten wollen oder können. Sie habe die äußerst detaillierten Vorgaben der Ausschreibung kalkuliert. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 25. 1. 2011, 2006/04/0200) müsse im Zweifel angenommen werden, dass ausschreibungskonform angeboten worden sei. Der Mitarbeiter der Antragstellerin gab an, dass es sich bei dem in Position 80.00.00E angebotenen Fabrikat um das beispielhaft genannte Fabrikat handle. Die Produktbezeichnung stamme vom österreichischen Importeur Schachermayer. Wer das deutsche Produkt herstelle oder vertreibe, sei ihm nicht bekannt. Die Vorgaben der Ausschreibung zu dem Hörsaalgestühls seien so detailliert, dass sie sich als Vorgabe für die Produktion eigneten. Der Vertreter der ausschreibenden Stelle gab an, dass der Anteil der Planung an der Gesamtsumme des Auftrags mit 10 - 14 % anzusetzen sei. Der Geschäftsführer der Antragstellerin ging von einem Anteil von 3 - 4 % der Angebotssumme aus. Der Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ging von einem Anteil von über 10 % der Angebotssumme aus. Er brachte vor, dass der Gewerbelaut der Gewerbeberechtigung der Antragstellerin den Auftrag nicht decke, da es wiederum Kino- noch um Theaterstühle ginge. Der Vertreter der Antragstellerin brachte vor, dass Kino- und Theaterstühle wesentlich höheren Anforderungen als die Hörsaalbestuhlung genügen müssten. Der Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin brachte vor, dass bei Tests nach DIN EN 12727 Hörsaalgestühls doppelt so hohen Anforderungen wie Kino- und Theaterstücke genügen müsse. Am 26. April 2011 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Der Vertreter der Antragstellerin behielt sich eine Stellungnahme zu dem letzten Schriftsatz der Auftraggeberin vor. Er verwies auf jüngste Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 21. 3. 2011, 2008/04/0083-11), wonach die Fristversäumnis alleine noch keinen Grund für das Ausscheiden eines Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG abgebe. Wenn die Aufklärung vor der Ausscheidensentscheidung beim Auftraggeber einlange, sei sie zu berücksichtigen. Die Vorgangsweise des Auftraggebers widerspreche den Grundsätzen des Vergabeverfahrens, weil zwischen Zugang der Aufklärung und der Ausscheidensentscheidung ein relativ langer Zeitraum liege. Der Vertreter der Auftraggeberin verwies darauf, dass die Verspätung der Aufklärung nicht der einzige Ausscheidensgrund sei. Die Aufklärung sei auch inhaltlich unzureichend gewesen. Der Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin verwies darauf, dass bei Bedenken gegen die Ausschreibung diese fristgerecht anzufechten gewesen wäre. Der Vertreter der Antragstellerin verwies darauf, dass die Planung nach Punkt 80.00.05C erst nach Auftragserteilung zu erstellen sei. Die dem Angebot anzuschließenden Pläne hätten einen weit geringeren Detaillierungsgrad. Der Vertreter der Zeichnungen sollten zeigen, dass die Anforderungen der Ausschreibung erfüllt seien. Fotos geeigneter Produkte seien bestenfalls ergänzend zulässig. Das Ausscheiden sei nach Vorliegen des Vergabevermerks zum Schluss des Vergabeverfahrens im Einvernehmen mit dem Auftraggeber erfolgt. Im Zuge der Prüfung der Referenzen habe es Telefonate mit den jeweiligen Auftraggebern gegeben. Der Vertreter der Antragstellerin brachte vor, dass das Aufklärungsersuchen in Punkt 3 nach der Unklarheitenregelung des Paragraph 115, ABGB der Antragstellerin nicht zum Nachteil gereichen könne. Das Ziel der Aufklärung sei die Darlegung der Konstruktion gewesen. Die Zeichnungen sollten das Innenleben darstellen. Im Angebot der Antragstellerin finde sich kein Hinweis, dass sie etwas nicht anbieten wollen oder können. Sie habe die äußerst detaillierten Vorgaben der Ausschreibung kalkuliert. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 25. 1. 2011, 2006/04/0200) müsse im Zweifel angenommen werden, dass ausschreibungskonform angeboten worden sei. Der Mitarbeiter der

Antragstellerin gab an, dass es sich bei dem in Position 80.00.00E angebotenen Fabrikat um das beispielhaft genannte Fabrikat handle. Die Produktbezeichnung stamme vom österreichischen Importeur Schachermayer. Wer das deutsche Produkt herstelle oder vertreibe, sei ihm nicht bekannt. Die Vorgaben der Ausschreibung zu dem Hörsaalgestühl seien so detailliert, dass sie sich als Vorgabe für die Produktion eigneten. Der Vertreter der ausschreibenden Stelle gab an, dass der Anteil der Planung an der Gesamtsumme des Auftrags mit 10 - 14 % anzusetzen sei. Der Geschäftsführer der Antragstellerin ging von einem Anteil von 3 - 4 % der Angebotssumme aus. Der Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ging von einem Anteil von über 10 % der Angebotssumme aus. Er brachte vor, dass der Gewerbelaut der Gewerbeberechtigung der Antragstellerin den Auftrag nicht decke, da es wiederum Kino- noch um Theaterstühle ginge. Der Vertreter der Antragstellerin brachte vor, dass Kino- und Theaterstühle wesentlich höheren Anforderungen als die Hörsaalbestuhlung genügen müssten. Der Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin brachte vor, dass bei Tests nach DIN EN 12727 Hörsaalgestühls doppelt so hohen Anforderungen wie Kino- und Theaterstücke genügen müsse.

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt

Die Universität Salzburg errichtet den Neubau der Kultur- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGW). Im Zuge dieses Vorhabens schreibt sie die Lieferung und Montage einer kompletten Hörsaalbestuhlung auf einer bauseitigen Hörsaalstufenanlage aus. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Vorhaben hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 220.931,50 ohne USt. Die vergebende Stelle ist die A***. Es wurde als Lieferauftrag unter der Bezeichnung "Lieferung und Montage von Hörsaalbestuhlungen für die Universität Salzburg" in einem offenen Verfahren nach den Regeln für den Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Die Zuschlagskriterien sind Angebotspreis (50 %), Technische Eignung (35 %), Folgekosten des Betriebs und angebotene Gewährleistungsfristen (12 %) sowie Umweltverträglichkeit der verwendeten Materialien (3 %). Der CPV-Code ist 39100000 - Möbel. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Veröffentlichung erfolgte am 28. November 2010 im Amtlichen Lieferungsanzeiger unter der Zahl L-482001-0b28. Die Ausführung des Auftrags sollte von 1. März 2011 bis 5. August 2011 stattfinden. (Amtliche Einschau im Internet unter auftrag.at)

Die Zuschlagsfrist läuft bis 30. April 2011. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Angebotsschreiben lautet auszugsweise wie folgt:

"...

Diesem Angebot sind angeschlossen:

1. a)Litera a
Ausschreibungs- und Angebotsunterlagen (Teil A - C)
2. b)Litera b
Abändende bzw. ergänzende Bestimmungen (AEB)
3. c)Litera c
Leistungsverzeichnis mit ausgefüllten Produktbeschreibungen (D)
4. d)Litera d
Fragenkatalog (E)
5. e)Litera e
Vollständig ausgefülltes und unterfertigtes Summenblatt zur Ausschreibung (F)
6. f)Litera f
geforderte Nachweise gemäß Punkt B.1.3: bzw. Hinweis über Führung beim ANKÖ

Auszug aus dem Berufs- oder Handelsregister / Befugnisverleihung Polizzenkopie der Haftpflichtversicherung
(spätestens bei Vertragsabschluss)

Umsatzentwicklung der letzten drei Geschäftsjahre

Auszug aus dem Strafregister

Eignungserklärung des Unternehmers (Nichtvorliegen von

Ausschlussgründen gern. §68(1))

aktueller Kontoauszug oder eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes

aktueller Kontoauszug oder eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der Sozialversicherungsanstalt

Referenzlisten mit Ansprechpartner und Telefonnummer Datenblätter, Prospektunterlagen, Beschreibungen und Abbildungen der zu liefernden Erzeugnisse, etc.

1. 1)Ziffer eins

EJ Planunterlagen A DT 5 665 A DT 5 666 / A GR BI 5-008-013 / A GR EG 5-014-019 / A SN1 5-071-072 / A SN2 5-073-074 / A WA 5-1620 /

A WA 5-1621 / A WA 5-1630 /

1. g)Litera g

O Erklärung gemäß Punkt B.1.4 (Arbeitsgemeinschaft)

2. h)Litera h

O Begleitschreiben

3. i)Litera i

O freies Alternativangebot

Die erwähnten Vertragsbestandteile gelten in der vorangeführten Reihenfolge. Bei Widersprüchen gilt der jeweils vorgeordnete Vertragsbestandteil.

Die unter a) bis f) angeführten Unterlagen sind unbedingt mit dem Angebot einzureichen, g) bis i) bitte zutreffendes ankreuzen.

...

Eignungserklärung des Bieters

Ich (Wir) erkläre(n) hiermit die Ausschlussgründe am Vergabeverfahren gemäß § 68 (1) BVergG (siehe: B.1.2) zu kennen und bestätige ausdrücklich meine (unsere) Eignung für die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren sowie das Nicht-Zutreffen der dort genannten Ausschlussgründe:Ich (Wir) erkläre(n) hiermit die Ausschlussgründe am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 68, (1) BVergG (siehe: B.1.2) zu kennen und bestätige ausdrücklich meine (unsere) Eignung für die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren sowie das Nicht-Zutreffen der dort genannten Ausschlussgründe:

...

B 6 Zuschlagsverfahren

Die Vergabe des Auftrages erfolgt nach den Bestimmungen des BVergG 2006 in der geltenden Fassung sowie der dazu ergangenen Verordnungen. Bewerber, bei denen ein unter B.1.2 angeführter Punkt zutrifft, sind von der Zuschlagserteilung ausgeschlossen.

B.6.1 Bestbieterprinzip

Der Zuschlag wird dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt. Bei sämtlichen Leistungen (Arbeiten und Lieferungen) ist darauf Bedacht zu nehmen, dass diese stärkster Beanspruchungen ausgesetzt sind. Bei der Vergabe wird daher auf die Ausführung, eine lange Lebensdauer sowie Robustheit, Stabilität, Design und Dauerhaftigkeit aller Teile, Materialien und Verbindungen größter Wert gelegt. Alle gängigen Sicherheitsbestimmungen für den Einsatzbereich sind einzuhalten. Die Bieter werden aufgefordert, die Qualität ihrer angebotenen Produkte bzw. Konstruktionsmodelle möglichst durch ein Attest einer staatl. Autorisierten Prüfstelle nachzuweisen.

Zur Bewertung der angebotenen Produkte bzw. zur Ermittlung des Bestbieters werden neben den einschlägigen Normen nachfolgende Vergabekriterien mit folgender Gewichtung herangezogen:

Pkt. Gewichtung

1 X Angebotspreis 50 %1 römisch zehn Angebotspreis 50 %

2 X Technische Eignung2 römisch zehn Technische Eignung

(ergonomische Betriebsanalyse)

Produktreife und Produktgestaltung (Design) 35 %

3 X Folgekosten des Betriebes und angebotener 3 römisch zehn Folgekosten des Betriebes und angebotenen

Gewährleistungsfrist(en)

(Serviceaufwand, Nachschaffungszeitraum)

Referenzen

Gleichwertigkeit der dem Angebot beigelegten Referenzen der Bieter bezügl. Vergleichbaren Art und Umfang der ausgeschriebenen Leistungen 12 %

4 X Umweltverträglichkeit der verwendeten Materialien Nachweis durch Vorlage von Zertifikaten der verwendeten Plattenmaterialien, Lackierungen und sonst. Materialien. 3 % 4 römisch zehn Umweltverträglichkeit der verwendeten Materialien Nachweis durch Vorlage von Zertifikaten der verwendeten Plattenmaterialien, Lackierungen und sonst. Materialien. 3 %

B.6.2. Bemusterung zur Angebotsabgabe und Vergabekommission

Der Bieter hat zu seinem Angebot zur Beurteilung ausreichende Unterlagen des angebotenen Produktes beizulegen. Dieses ist durch Fotos / Prospektunterlagen oder Zeichnungen vorzulegen. Daraufhin werden ausgewählte Bieter durch die ausschreibende Stelle aufgefordert Musteranlagen einschl ggf. Varianten zu fertigen und im Projektbüro in Salzburg - Mühlbacherhofweg 6 - 3. OG - aufzubauen. Die Musteranlage besteht aus mind. 2 Klappstühlen mit vollständiger Schreibplatte und Konsole. Die Anlage ist auf ein Podest zu befestigen und ist funktionstüchtig, d.h. benutzbar herzustellen. Die Ausführung dieser Musteranlage hat die Form und Funktion und allen Oberflächen der ausgeschriebenen Anforderungen zu entsprechen. Im Zuge der Bemusterung durch den AG hat ein Aufklärungsgespräch mit dem entspr. Bieter zu erfolgen, bei dem die Anlage durch den Bieter vorgestellt wird und Fragen des AG's zu beantworten sind. In Folge wird eine Bewertungskommission bestehend Mitgliedern des AG's und der Planung aufgrund der vor genannten Bewertungskriterien über den Zuschlag entscheiden Alle dadurch entstehenden Kosten sind vom Bieter zu tragen und in den Einheitspreis zu kalkulieren.

B.6.3 Ausscheiden von Angeboten

Folgende Umstände führen zum Ausscheiden (§ 129 BVergG 2006) Folgende Umstände führen zum Ausscheiden (Paragraph 129, BVergG 2006):

...

? Angebote von Bieter, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt; ? Angebote von Bieter, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Unterlagen oder Muster, die zur Beurteilung des Angebotes für notwendig erachtet werden, nachzureichen, bzw. vorzustellen;

...

? Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, oder Teilangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden;

? Angebote, bei denen die Mindestanforderungen des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllt wurden oder ein im Leistungsverzeichnis genannter Preisrahmen überschritten wird;

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Leistungsverzeichnis lautet auszugsweise wie folgt:

"80 Z Einrichtung

80.00 Z Technische Vorbemerkungen

80.00.05A Z Bauteilbeschreibung

In diesem Los ist die Planung, Herstellung, Lieferung und fachgerechte Montage von Hörsaalbestuhlung in der Bibliotheks- und Erdgeschossebene anzubieten.

Es wird darauf hingewiesen, dass eine in sich abgeschlossene und abnahmereife Leistung zu erstellen ist, auch wenn einzelne Punkte nicht gesondert erwähnt sind. Innerhalb des Leistungsrahmens der beschriebenen bauseitigen Schnittstellen ist die Leistung komplett endfertig zu liefern. Der AN ist dafür verantwortlich bauseitige Leistungen und Vorgaben rechtzeitig anzufordern und zu prüfen.

Die Abstimmung mit den bauseitigen Gewerken und deren Planung ist zu berücksichtigen und in die Einheitspreise einzukalkulieren. Ebenfalls ist in der Werkplanung des eigenen Gewerkes einzukalkulieren.

Geschäftsbedingungen oder Liefer- und Zahlungsbedingungen des Bieters werden in keinem Fall Vertragsbestandteil.

Alle Ausführungsunterlagen der Planer erhält der AN in digitaler Form als dwg- und pdf-File.

...

80.00.05B Z Normen und Richtlinien

...

1.3. KONSTRUKTIONSSYSTEM

Die Leistungsbeschreibung erläutert das geforderte Konstruktionsprinzip. Die technischen Anforderungen der Leistungsbeschreibung und die dargestellte formale Gestaltung und äußere Profilierung sind verbindlich. Die konstruktive Detailausbildung in den nicht sichtbaren Bereichen ist dem Auftragnehmer zur Anwendung seiner Erfahrungen und der betriebseigenen Verfahrensweisen freigestellt.

Die Profil-, Zubehör- und Beschlägeauswahl muss nach den gültigen Unterlagen des jeweiligen System-Herstellers erfolgen bzw. seine Eignung ist nachzuweisen.

1.4. ANGABEN ZUR LEISTUNGSBESCHREIBUNG

Grundlage des Angebotes sind die beiliegenden Planungsunterlagen und die Leistungsbeschreibung. Etwaige Unklarheiten sind vor Abgabe des Angebotes mit der ausschreibenden Stelle zu klären.

...

80.00.05C Z WERKPLANZEICHNUNGEN

2.1. WERKPLANZEICHNUNGEN

Die Erstellung der Ausführungsreifen, firmeneigenen Planung ist Leistung des Bieters.

Anhand der vom AG zur Verfügung gestellten Planungsunterlagen hat der Bieter sofort nach Auftragserteilung die gesamte Leistung per CAD durchzuplanen und die Ausführungszeichnungen kostenlos zu erstellen.

Die Unterlagen haben alle Angaben, Konstruktionen und Details zu enthalten, die zur fachtechnischen Prüfung und Beurteilung einer fachgerechten und der Planung entsprechenden Ausführung nötig sind.

...

Erst nach Freigabe der Planungsunterlagen durch den AG bzw. seinem Beauftragten darf die Ausführung der betreffenden Teile aufgenommen werden. Freigegebene Pläne erhalten einen Freigabevermerk.

Ebenso ist durch den Bieter eine nachvollziehbare, vollständige Statik für sein Gewerk zu erstellen. Diese Statik beinhaltet auch die Befestigung an die bauseitige Hörsaalstufenanlage und deren Befestigungselemente.

2.2. BEMUSTERUNG

Für sämtliche Bauteile werden im Zuge der Werkplanung Bemusterungen aller einzubauenden Elemente durchgeführt. Erst nach Freigabe durch den AG werden diese zur Ausführung festgelegt. Dieses betrifft insbesondere :

- -Strichaufzählung
alle Profile und Bleche
- -Strichaufzählung
Beschläge
- -Strichaufzählung
Oberflächen gemäss Vorlage eines Musters des AG

Alle Muster sind in ausreichender Größe und in fertiger Oberflächenbeschichtung vom AN zu stellen.

Diese Muster sind auf Wunsch des AG in dessen Eigentum überzugehen. Dies ist in den Einheitspreisen zu berücksichtigen.

80.10 Z Hörsaal-Gestühl

80.10.00 Z Das Verwenden nachstehend angebotener Materialien zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 80.10 wird vereinbart (Nachweis durch Fotos / Prospekte / Muster dem Angebot beilegen):

Fabrikat.

(vom Bieter verbindlich anzugeben)

Produkttyp.

(vom Bieter verbindlich anzugeben)

80.10.00B Z TECHNISCHE VORBEMERKUNGEN ZUM LEISTUNGSVERZEICHNIS Hörsaalbestuhlung

Der Leistungsumfang umfasst die Lieferung und Montage einer kompletten Hörsaalbestuhlung auf einer bauseitigen Hörsaalstufenanlage.

Das Leistungsverzeichnis enthält das Herstellen, Liefern und Einbauen eines Hörsaalgestühls.

...

Der Auftragnehmer hat vor Produktionsbeginn prüffähige Werkzeichnungen für die exakte Montage aller im Leistungsverzeichnis geforderten Leistungen vorzulegen und darf die Produktion erst nach Freigabe der Zeichnungen beginnen.

Die Werkzeichnungen müssen Lage, Größe, Befestigungen usw. der ausgeschriebenen Leistungen zeigen, damit jederzeit eine Kontrolle über den korrekten Einbau erfolgen kann.

Der Auftragnehmer hat vor Beginn der Arbeiten eine prüffähige Statik für alle Bauteile vorzulegen. Hierbei sind die einschlägigen Lastannahmen zu einzuarbeiten.

Dem Angebot ist zugrundezulegen:

- -Strichaufzählung
Die Montageanleitung, Konstruktions- und Detailzeichnungen der Herstellerfirmen des Bieters
- -Strichaufzählung
amtliche Prüfzeugnisse, soweit sie für die Herstellung der Bauteile erforderliche Angaben enthalten
- -Strichaufzählung
Statischen Berechnungen des AN
- -Strichaufzählung
Detailzeichnungen des Planers und der Herstellerfirma Alle im Leistungsverzeichnis nicht enthaltenen Einzelheiten über Konstruktionsprinzip, Materialdicke, Art und Abstände der Befestigungsmittel usw. sowie Angaben über Zubehör sind den vorgenannten Detailunterlagen zu entnehmen.

...

Mit der Abgabe des Angebotes sind Zeichnungen mit Darstellung der

Konstruktion

Materialien

Beschreibung der angebotenen Oberflächenbehandlung von Stahl und Holz

vorzulegen.

80.10.00D Z KONSTRUKTION

KONSTRUKTION

Bestuhlung für bauseitige Unterkonstruktion der Hörsaalstufenanlage aus einer verzinkten Stahlkonstruktion mit Gipsfaserplattenauflagen gemäss beiliegenden Detailplänen A-DT-665 + A-DT-666. Hörsaalgestühl, in den Räumen

Audimax, Hörsaal 4, 5 mit fest montierten Tischplatten

in linearer Aufstellung gern. beiliegenden Plan

Tiefenraster ca. 890 mm, Achsmaß ca. 550 mm,

Tischplattentiefe ca. 300 mm

Incl. Montagearbeiten und Anpassarbeiten an den bauseitigen mit Linoleum belegten Gipsfaserplatten vom Typ Knauf Gifaflor 38 mm im Bereich von Setz- und Trittstufen.

Die nachfolgende Beschreibung der Konstruktion und Ausführung sind technisch zwingende Anforderungen die eingehalten werden müssen. Vor einer möglichen Auftragsvergabe ist ein Musterstuhl incl. Podestunterbau zu bemustern.

Standrohre / Frontblende

aus Stahl-Rechteckrohr ca. 50 x 50 x 4 mm Höhe bis ca. 1300 mm, Tischkonsole Stahl-Rechteckrohr ca. 50 x 30 x 4 Länge ca. 250 - 270 mm mit umlaufender Schweißnaht im Randbereich des Standrohres. Die Dimensionierung erfolgt nach statischen Notwendigkeiten.

Die Standrohre sind oben geschlossen.

Die Standrohre werden auf Abstand = 20 mm an die bauseitigen Formrohre der Hörsaalstufenanlage geschraubt. Zwischen den Sitzeinheiten und an den Rändern befindet sich jeweils ein Standrohr um die Stabilität der Tischreihen zu gewährleisten. Die Standrohre werden beidseitig durch lackierte MDF-Platten 19 mm bekleidet, so daß optisch im Zusammenhang mit der Schreibplatte ein durchgehender Winkel erzeugt wird.

Die MDF-Platten bestehen aus 2 verschiedenen Arten:

- -Strichaufzählung
MDF-Akustikplatten mit horizontaler Schlitzung:
gerillte bzw. geschlitzte Akustik-MDF-Platten 19 mm, mit folgenden

Anforderungen:

- -Strichaufzählung
Brandverhalten nach ÖNorm EN 13501-1 Klasse B-S2
- -Strichaufzählung
Formaldehydfrei nach EN 120
- -Strichaufzählung
offene Fläche: ca. 10,4 %
- -Strichaufzählung
Raster: 12 mm Rillung / 4 mm Fugen
- -Strichaufzählung
Schallabsorptionswert nach ÖNorm EN 11654 = 0,7 / Klasse C
- -Strichaufzählung
Schlitzungsverlauf: waagrecht
- -Strichaufzählung
rückseitiges schwarzes Akustikvlies

Richtfabrikat: F*** / Perforation Nr. ***

angeb. Fabrikat:

.....

(vom Bieter anzugeben, sonst gilt Richtfabrikat als angeboten) Anordnung im Bereich unterhalb der Tischflächen bis OK Stufenanlage = ca. 700 mm. Beidseitig im Lehn- und unterhalb des Tischbereiches. An den Enden der Sitzreihe auch umlaufend auf der Stirnseite.

Akustische Anforderungen: $\alpha_w \geq 0,20$

Der Zwischenraum der Frontblenden sind lückenlos mit

Schallschluckmaterial 50 mm auszufüllen:

G*** oder glw.

- -Strichaufzählung
MDF-Plattenmaterial ohne Schlitzung:
Anforderungen:
- -Strichaufzählung
Brandverhalten nach ÖNorm EN 13501-1 Klasse B-S2
- -Strichaufzählung
Formaldehydfrei nach EN 120

Anordnung im Sockelbereich unterhalb der o.g. Akustikplatten in gleicher Stärke. Ebenfalls an den Enden der Sitzreihe umlaufend. Anschluß an bauseitigen Bodenbelag stumpf mit Dichtungsband - soll verhindern, daß Putzwasser unterläuft.

Im Bereich unterhalb der Tischplatte sind Bohrungen für Steckdosen-Hohldosen vorzusehen.

...

Elektrifizierung

An jedem 5. Sitzplatz sind Ausnehmung für den Anbau zweier Einzelsteckdosen .

Die Kabelzuleitung vom Boden (Hohlraum Unterkonstruktion) zur Steckdose erfolgt unsichtbar, innerhalb der Frontverkleidung der Tische.

Das Einziehen der bauseitig herausstehenden Kabel innerhalb der Frontverkleidung erfolgt durch den AN - das Anschliessen an die vom AN zu liefernden und einzubauenden Steckdosen etc. erfolgt bauseits. Die Einspeisung erfolgt durch den Hohlboden der Stufenanlage jeweils 2 x pro Stuhlreihe.

Einzurechnen ist, dass bei Reihen mit ungerader Sitzplatzanzahl je 1 zusätzlicher Steher mit Grundplatte für die Montage einer bauseitigen Einfachsteckdose auszuführen ist .

Für die Hohldosen der Steckdosen sind auf der Innenseite der Frontblende jeweils die entsprechenden Bohrungen vom AN vorzusehen.

...

Befestigung an bauseitige Hörsaalstufenanlage

Frontbefestigung von Tragkonsolen :

Befestigung von Tragkonsolen stirnseitig auf bauseitige Stahlwinkelprofile 2x 65/50/5 mm, die unterhalb der bauseitigen 32 mm Gipsfaserplatten befestigt sind und seitlich an die Standprofile der Hörsaalstufenanlage geschweisst sind. Der Abstand dieser bauseitigen Profile beträgt ca. 550 mm (gemäss beiliegender Detailplanung. Die Rückseite der Verschraubungen kann durch die Lüftungsgitteröffnungen zugänglich gemacht werden. Hierzu kann der AN die vorh. Lüftungsgitter entfernen - muß diese aber nach erfolgter Montage wieder fachgerecht, wie vorgefunden, einsetzen. Alle erforderlichen Bohrungen sind durch den AN vorzunehmen. Es ist darauf zu achten, daß der Bohrstaub entfernt wird und bei Bohrungen in Stahlteilen der Korrosionsschutz an der Bohrstelle hergestellt wird.

Die Befestigung darf nur in den Achsbereichen der Stuhlreihen erfolgen, da sich mittig unter den Stühlen Lüftungsauslässe befinden. Die stuhltragkonstruktion darf die Lüftungsauslässe nicht verdecken, bzw. den Luftstrom nachteilig behindern.

Das Gestühl muß den Anforderungen und den Bestimmungen des Gemeindeunfallversicherungsverbandes (BAGUV) entsprechen. Der Nachweis für das GS-Prüfzeichen ist vorzulegen. Die Angebotspreise sind Festpreise und verstehen sich einschließlich aller Nebenkosten. Für die Podestkonstruktion ist eine prüffähige, auf das Objekt berechnete, Statik vorzulegen. Erst nach Freigabe der CAD- Pläne erfolgt die Fertigung. Montage und Lieferung frei Verwendungsstelle.

VARIANTEN:

Zu den zuvor beschriebenen Leistungen können folgende Alternativen angeboten werden:

Befestigung der Reihensihlanlage nicht durch Standrohre mit horizontalen Traversen, sondern durch Schraubkonsolen mit horizontalen Traversen. (Variante 1)

angebotene Variante:

.....

(vom Bieter verbindlich anzugeben)

80.10.00E Z VARIANTE AUSZIEHTISCH

als Aufzählposition sind Stuhlreihen mit Ausziehtischen anzubieten

Schubladenbeschlag für Schreibplatte 0 Grad Neigung

...

Vollauszugbeschlag: H*** oder glw.

angeb. Fabrikat.

.....

(vom Bieter anzugeben, sonst gilt Richtfabrikat als angeboten)

80.10.00F Z VARIANTE KLAPPTISCH

als Aufzählposition sind Stuhlreihen mit Klapptischen anzubieten

..."

Eine Position 80.10.11D gibt es in der Ausschreibung nicht. Der Ausschreibung lagen Pläne auf CD-ROM bei. Die Pläne A-DT-5-665 und A-DT-5-666 stellen das L-Profil und die nähere Ausgestaltung des Hörsaalgestühls dar. Es ist von vorne an die Konstruktion des Bodens anzuschrauben. Es soll den Eindruck einer durchgehenden Platte erwecken. Die Kabelführung für die Steckdosen soll verdeckt erfolgen. Die Platten werden mit akustischem Dämmmaterial gefüllt. Die Steher sind abgedeckt und damit nicht sichtbar. Es sind Öffnungen für die Belüftung im Bodenbereich vorgesehen. Ebenso sind Steckdosen vorgesehen. Die Pläne stellen auch die unterschiedlichen Ausführungsvarianten mit festem Tisch, Klapptisch und Ausziehtisch dar. Allen ist die Profilierung gleich.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Ende der Angebotsfrist war der 11. Jänner 2011, 10.45 Uhr. Die Angebotsöffnung fand am selben Tag um 11.00 Uhr statt. Vier Bieter gaben Angebote ab. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gab zwei Alternativangebote ab, ein anderer Bieter gab ein Alternativangebot ab. (Auskunft der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin gab ein Angebot mit einem Gesamtpreis von Euro 239.266,00 ohne USt ab. Sie bot ein Skonto von 1 % bei einem Zahlungsziel von 30 Tagen an. In Position 80.10.00 Z bot die Antragstellerin das Fabrikat "D***" und den Produkttyp "D***" an. In Position 80.10.00D Z "Konstruktion" bot sie das Fabrikat "D***" und die Variante 1 an. In Position 80.10.00E Z "Variante Ausziehtisch" bot sie das Fabrikat "E***" an. In den Positionen 80.10.01M Z "AZ Einzelsteckdose Audimax", 80.10.02M Z "AZ Einzelsteckdose Hörsaal 4" und 80.10.03M Z "AZ Einzelsteckdose Hörsaal 5" bot sie das Fabrikat "I***" an. Dem Angebot lag folgende Eignungserklärung bei:

"Eignungserklärung des Bieters

Ich (Wir) erkläre(n) hiermit die Ausschlussgründe am Vergabeverfahren gemäß § 68 (1) BVergG 2006 (siehe: B.1.2) zu kennen und bestätige ausdrücklich meine (unsere) Eignung für die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren sowie das Nicht-Zutreffen der dort genannten Ausschlussgründe: "Ich (Wir) erkläre(n) hiermit die Ausschlussgründe am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 68, (1) BVergG 2006 (siehe: B.1.2) zu kennen und bestätige ausdrücklich meine (unsere) Eignung für die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren sowie das Nicht-Zutreffen der dort genannten Ausschlussgründe:"

Dem Angebot lagen drei Referenznachweise, ein Führungszertifikat des ANKÖ, die Bestätigung der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten über die Gewerbeanmeldung und Geschäftsführerbestellung für das Gewerbe "Zusammenbau von Kino und Theaterstühlen aus zugekauften, vorgefertigten Bestandteilen aus Metall und Polsterung

mit einfachen Handgriffen durch Verschrauben" vom 17. März 2009, PLW1- G-09257, Ausdrucke der dem Angebot beiliegenden Pläne und eine Liste von Referenzprojekten bei. Konstruktionszeichnungen oder Datenblätter oder andere Beschreibungen der angebotenen Leistung lagen dem Angebot nicht bei. Die Antragstellerin beabsichtigt, Teile der Leistung an die Godderidge Metallbau, Melkerstraße 5, 3243 St. Leonhard, weiterzugeben.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin wurde mit E-Mail vom 18. Jänner 2011 zur Aufklärung wie folgt aufgefordert:

"Zur Prüfung Ihres Angebotes bitten wir bis spätestens 21.01.2011 um Übermittlung folgender Unterlagen bzw. Angaben:

1. 1.Ziffer eins

Position 80.10.00 wurde das Fabrikat und der Produkttyp "D***" angegeben. Wir benötigen verbindliche Angaben (Hersteller und Produkttyp) zu dem angebotenen Gestühl (Datenblätter, Prüfzeugnisse, Detailzeichnungen,...)

2. 2.Ziffer 2

Wie auf Seite 11 angegeben sind 'Mit Abgabe des Angebotes sind Zeichnungen mit Darstellung der Konstruktion, Materialien, Beschreibung der angebotenen Oberflächenbehandlung von Stahl und Holz vorzulegen.'

Wir bitten um Vorlage von Zeichnungen, wie Gestühl und Tisch im Detail ausgeführt werden.

1. 3.Ziffer 3

Zu Position 80.10.11D benötigen wir detaillierte Angaben zu dem gewählten Produkt (D***) zum Nachweis der Gleichwertigkeit zum Richtfabrikat.

2. 4.Ziffer 4

Ist in Position 80.10.00E mit der Bezeichnung E*** das Richtfabrikat gemeint? Wenn nein, benötigen wir ein Deckblatt zum gewählten Produkt.

3. 5.Ziffer 5

Zum gewählten Produkt in Position 80.10.01M benötigen wir ein Produktdatenblatt.

4. 6.Ziffer 6

In Ihrem ANKÖ-Eintrag befinden sich widersprüchliche Angaben zur Mitarbeiterzahl (68 oder 6 Vollzeitmitarbeiter). Wir bitten um Aufklärung."

(Dem Schriftsatz der Auftraggeberin entnommen)

Eine Mitarbeiterin der vergebenden Stelle gestand der Antragstellerin auf Anfrage zu, die Anfrage erst am 24. Jänner 2011 beantworten zu können. (Aussage von Herrn J***, Mitarbeiter der Antragstellerin, in der mündlichen Verhandlung)

Mit E-Mail vom 24. Jänner 2011 beantwortete die Antragstellerin diese Anfrage wie folgt:

"Bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 18.1.2011 beantworten wir Ihre Fragen und übermitteln Ihnen beiliegende Unterlagen zu unserem Angebot

1. 1.Ziffer eins

Pos. 80.10.00 Beilage 1 und 2; Detailzeichnungen für

Hörsaalbestuhlung

Prüfzeugnis vom Holzforschungsinstitut sowie die Verlängerung vom 17.11.2010 Hörsaalbestuhlung - allgemeine Stuhlbeschreibung

1. 2.Ziffer 2

Punkt 2: Seite 11

Oberfläche Holz: lackiert

Oberfläche Metallteile: RAL pulverbeschichtet

1. 3.Ziffer 3

Pos. 80.10.00D ist ausschreibungskonform

2. 4.Ziffer 4

Pos. 80.10.00E ist ebenfalls ausschreibungskonform

3. 5.Ziffer 5

Pos. 80.10.01M Siehe Beilage Steckdosen

4. 6.Ziffer 6

ANKÖ-Eintrag Siehe Beilage MX-3500N - Aktualisierung ANKÖ Eintragung

Wir hoffen, Ihre Fragen zu Ihrer Zufriedenheit beantwortet zu haben und verbleiben
mit freundlichen Grüßen"

Diesem Schreiben lagen Konstruktionszeichnungen und der Prüfbericht über die Funktionsprüfung eines Reihengestühls - Klappsitzes gemäß ÖNORM EN 12727 vom 16. Februar 2005, Auftragsnummer 1974/2004 - OM, der Holzforschung Austria sowie die Prüfbescheinigung der Holzforschung Austria vom 17. November 2010, Auftragsnummer 2232/2010 - HO, mit der die Gültigkeit des erstgenannten Prüfberichts verlängert wurde, bei. Weiters lagen ein Mail vom 12. Mai 2010 an den ANKÖ mit der Aktualisierung der Daten der Antragstellerin, ein Datenblatt für die angebotenen Steckdosen und eine allgemeine Beschreibung der Hörsaalbestuhlung bei. Die Konstruktionszeichnung stellt ein Hörsaalgestühl dar, das das geforderte L-Profil nicht aufweist, sondern einerseits die Deckplatte über die Arbeitsplatte hinausragen lässt und andererseits eine schräge Stützleiste für die Arbeitsplatte vorsieht. Dämmplatten sind nicht vorgesehen. Die Steher sind sichtbar. Eine Zeichnung stellt die Montage der Steher in der Bodenkonstruktion versenkt dar. Die Öffnungen für die Lüftung sind ebenfalls versenkt und nicht plan mit der Abdeckplatte angeordnet. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Diesem Schreiben lagen Konstruktionszeichnungen und der Prüfbericht über die Funktionsprüfung eines Reihengestühls - Klappsitzes gemäß ÖNORM EN 12727 vom 16. Februar 2005, Auftragsnummer 1974 aus 2004, - OM, der Holzforschung Austria sowie die Prüfbescheinigung der Holzforschung Austria vom 17. November 2010, Auftragsnummer 2232 aus 2010, - HO, mit der die Gültigkeit des erstgenannten Prüfberichts verlängert wurde, bei. Weiters lagen ein Mail vom 12. Mai 2010 an den ANKÖ mit der Aktualisierung der Daten der Antragstellerin, ein Datenblatt für die angebotenen Steckdosen und eine allgemeine Beschreibung der Hörsaalbestuhlung bei. Die Konstruktionszeichnung stellt ein Hörsaalgestühl dar, das das geforderte L-Profil nicht aufweist, sondern einerseits die Deckplatte über die Arbeitsplatte hinausragen lässt und andererseits eine schräge Stützleiste für die Arbeitsplatte vorsieht. Dämmplatten sind nicht vorgesehen. Die Steher sind sichtbar. Eine Zeichnung stellt die Montage der Steher in der Bodenkonstruktion versenkt dar. Die Öffnungen für die Lüftung sind ebenfalls versenkt und nicht plan mit der Abdeckplatte angeordnet. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Aufklärung zu Punkt 3 des Aufklärungsschreibens erteilte die Antragstellerin zur Position 80.10.00D, weil sie sie für die nächstliegende hielt. (Aussage von Herrn J***, Mitarbeiter der Antragstellerin, in der mündlichen Verhandlung)

Die Auftraggeberin lud die Antragstellerin nicht zu einer Bemusterung ein. (Vorbringen der Antragstellerin und der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im Vergabevermerk vom 9. März 2011 ist das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin wie folgt begründet:

"das Angebot der Fa. B*** widerspricht dem Leistungsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen, ist aus diesem Grund nicht ausschreibungskonform und wird gem. § 129 BVerG 2006 (1) Z7 ausgeschieden."das Angebot der Fa. B*** widerspricht dem Leistungsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen, ist aus diesem Grund nicht ausschreibungskonform und wird gem. Paragraph 129, BVerG 2006 (1) Z7 ausgeschieden.

Das Angebot erfüllt die Mindestanforderungen nicht und widerspricht in folgenden Punkten den Ausschreibungsunterlagen:

auf Seite acht des Leistungsverzeichnisses unter Pos. 80.00.05B, Abs. 1.3 ist festgelegt: 'Die technischen Anforderungen der Leistungsbeschreibung und die dargestellte formale Gestaltung und äußere Profilierung sind verbindlich.' Die formale Gestaltung und äußere Profilierung ist in den dem Leistungsverzeichnis beigefügten Ausführungsplänen A-DT-5-665 und A-DT-5-666 des Architekten enthalten. Die auf Seite 11 des Leistungsverzeichnisses unter Pos. 80.10.00B geforderten Zeichnungen lagen dem Angebot nicht bei. Mit Mail Fa. B*** vom 24.01.2011 wurden Zeichnungen übermittelt. Sie zeigen ein Gestühl mit sichtbaren, unverkleideten Standrohren. Dies entspricht nicht der geforderten formalen Gestaltung und äußeren Profilierung. Zusätzlich kann der in der Ausschreibung enthaltene Einbau von Einzelsteckdosen (Pos. 80.10.01M, 80.10.02M, 80.10.03F) nicht erfolgen, da keine Befestigungsmöglichkeit am Gestühl besteht. Das Angebot der Fa. B*** ist auszuschneiden da es weder der dargestellten formalen Gestaltung noch der äußeren Profilierung entspricht.auf Seite acht des Leistungsverzeichnisses unter Pos. 80.00.05B, Absatz eins Punkt 3, ist festgelegt: 'Die technischen Anforderungen der Leistungsbeschreibung und die dargestellte formale Gestaltung und

äußere Profilierung sind verbindlich.' Die formale Gestaltung und äußere Profilierung ist in den dem Leistungsverzeichnis beigefügten Ausführungsplänen A-DT-5-665 und A-DT-5-666 des Architekten enthalten. Die auf Seite 11 des Leistungsverzeichnisses unter Pos. 80.10.00B geforderten Zeichnungen lagen dem Angebot nicht bei. Mit Mail Fa. B*** vom 24.01.2011 wurden Zeichnungen übermittelt. Sie zeigen ein Gestühl mit sichtbaren, unverkleideten Standrohren. Dies entspricht nicht der geforderten formalen Gestaltung und äußeren Profilierung. Zusätzlich kann der in der Ausschreibung enthaltene Einbau von Einzelsteckdosen (Pos. 80.10.01M, 80.10.02M, 80.10.03F) nicht erfolgen, da keine Befestigungsmöglichkeit am Gestühl besteht. Das Angebot der Fa. B*** ist auszuschneiden da es weder der dargestellten formalen Gestaltung noch der äußeren Profilierung entspricht.

Unter Pos. 80.10.D ist auf Seite 12 des Leistungsverzeichnisses eine beidseitige Bekleidung der Standrohren gefordert, 'so dass optisch im Zusammenhang mit der Schreibplatte ein durchgehender Winkel erzeugt wird'. Das Angebot ist deshalb auszuschneiden. Auf Seite 12 des LV ist unter Pos. 80.10.00D eine beidseitige Bekleidung der Standrohre mit geschlitzten MDF-Akustikplatten gefordert. 'Akustische Anforderungen $\alpha_w \geq 0.20$ '. In den Detailzeichnungen der Fa. B*** ist keine Bekleidung der Standrohre eingezeichnet, es gibt keinen Schallabsorptionsgrad irgendeiner Verkleidung. Das Angebot ist deshalb auszuschneiden. Unter Pos. 80.10.00D ist auf Seite 12 des LV von der Firma B*** als angebotenes Produkt für die MDF-Akustikplatten das Fabrikat 'D***' eingetragen. Gleich lautende Bezeichnungen finden sich unter Pos. 80.10.00 auf Seite neun des Leistungsverzeichnisses als Produkteintragung für das Fabrikat und den Produkttyp des Hörsaalgestühls. Mit Mail vom 18.01.2011 baten wieder unter Punkt drei um Aufklärung bezüglich des angebotenen Materials der MDF-Platten. In der Mail vom 24.1.2011 erhielten wir unter Punkt 3 die Antwort: 'Pos. 80.10.00D ist ausschreibungskonform'. Ein Nachweis der Gleichwertigkeit ist nicht erfolgt. D*** ist keine MDF-Akustikplatte, das Angebot ist deshalb auszuschneiden. Unter Pos. 80.10.00D ist auf Seite 15 des Leistungsverzeichnisses

die 'Frontbefestigung vom Tragkonsolen.....stirnseitig auf

bauseitige Stahlwinkelprofile.....die unterhalb der

bauseitigen 32 mm Gipsfaserplatten befestigt sind...'gefordert. In der Form der Fa. B*** mit Mail vom 24.01.2011 übermittelten Zeichnung Hörsaalbestuhlung 3 ist das Standrohr der Hörsaalbestuhlung in die dritte Stufe eingelassen. Hierfür ist der Untergrund nicht vorgerichtet. Das Angebot der Fa. B*** widerspricht der Ausschreibung und ist deshalb auszuschneiden."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 11. März 2011 versandte die Auftraggeberin folgendes Schreiben per Telefax an die Antragstellerin:

"KGW Salzburg, Erzabt-Klotz-Str, 1, A-3020 Salzburg

Lieferung und Montage von Hörsaalgestühl

an die Universität Salzburg

Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gern. § 131 BVerG 2006 Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gern. Paragraph 131, BVerG 2006

Sehr geehrte Damen und Herren!

Im Namen des Auftraggebers (UNIVERSITÄT SALZBURG, Zentrale Wirtschaftsdienste) wird bekannt gegeben, dass beabsichtigt ist, den Zuschlag an folgenden Bieter zu erteilen:

C***

Vergabesumme: Euro 251.353,80 netto

Stillhaltefrist: 14 Tage lt. § 132 Abs. 1 - Ende Stillhaltefrist somit 25.03.2011, 24.00 Uhr
Paragraph 132, Absatz eins, - Ende Stillhaltefrist somit 25.03.2011, 24.00 Uhr

Nach Ende der Stillhaltefrist wird der Auftrag für die Lieferung und Montage von Hörsaalgestühl an o.g. Beethbieter erteilt.

Das erfolgreiche Angebot zeichnet sich durch folgende Merkmale und Vorteile aus:

? Exakte Erfüllung der Ausschreibungsbedingungen bezügl. technischer Eignung

? Höchste Punktzahl bzgl. Serviceaufwand und zus. Gewährleistung ? Höchste Punktzahl bzgl. Referenzen

Ihr Angebot wurde ausgeschieden, da es den Anforderungen der Ausschreibung hinsichtlich der Einhaltung der technischen Anforderungen und der dargestellten formalen Gestaltung und äußeren Profilierung nicht entspricht.

Wir danken für Ihr Interesse an unserem Projekt sowie der Teilnahme an der Ausschreibung und verbleiben"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.
(Auskunft der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 2.490 an Pauschalgebühren. (Gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen, die Unterlagen des Vergabeverfahrens, Auskünfte, die nur der Auftraggeber erteilen kann, und unwidersprochen gebliebene Zeugenaussagen in der mündlichen Verhandlung. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist Die Universität Salzburg. Gemäß § 6 Z 7 Universitätsgesetz 2002 - UG, BGBl I 120/2002 idF BGBl I 111/2010, unterliegt sie dem UG. Gemäß § 1 UG ist sie berufen, der wissenschaftlichen Forschung und Lehre, der Entwicklung und der Erschließung der Künste sowie der Lehre der Kunst zu dienen und hiedurch auch verantwortlich zur Lösung der Probleme des Menschen sowie zur gedeihlichen Entwicklung der Gesellschaft und der natürlichen Umwelt beizutragen. Universitäten sind Bildungseinrichtungen des öffentlichen Rechts, die in Forschung und in forschungsgeleiteter akademischer Lehre auf die Hervorbringung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie auf die Erschließung neuer Zugänge zu den Künsten ausgerichtet sind. Im gemeinsamen Wirken von Lehrenden und Studierenden wird in einer aufgeklärten Wissensgesellschaft das Streben nach Bildung und Autonomie des Individuums durch Wissenschaft vollzogen. Die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses geht mit der Erarbeitung von Fähigkeiten und Qualifikationen sowohl im Bereich der wissenschaftlichen und künstlerischen Inhalte als auch im Bereich der methodischen Fertigkeiten mit dem Ziel einher, zur Bewältigung der gesellschaftlichen Herausforderungen in einer sich wandelnden humanen und geschlechtergerechten Gesellschaft beizutragen. Um den sich ständig wandelnden Erfordernissen organisatorisch, studien- und personalrechtlich Rechnung zu tragen, konstituieren sich die Universitäten und ihre Organe in größtmöglicher Autonomie und Selbstverwaltung. Sie damit zu dem Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. Diese sind auch nicht gewerblicher Art, da sie sich nicht in einem Wettbewerb befindet und ihr Streben nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist. Sie ist gemäß § 4 UG eine juristische Person öffentlichen Rechts. Gemäß § 12 Abs 1 UG ist sie vom Bund zu finanzieren. Gemäß §§ 9 und 45 Abs 1 UG übt der Bund die Rechtsaufsicht aus. Sie sind gemäß § 45 Abs 2 UG dem Bund auskunftspflichtig. Der Bund kann gemäß § 45 Abs 3 und 4 UG Verordnungen, Bescheide und Wahlen der Universität im Rahmen seines Aufsichtsrechts aufheben. Die Universität ist an die Rechtsmeinung des Bundes gemäß § 45 Abs 6 UG gebunden. Die Universität Salzburg ist daher öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (für Universitäten zB BVA 27. 9. 2010, N/0071-BVA/10/2010-34, RPA 2010, 335 [Hofer]). Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist Die Universität Salzburg. Gemäß Paragraph 6, Ziffer 7, Universitätsgesetz 2002 - UG, Bundesgesetzblatt Teil eins, 120 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 111 aus 2010,, unterliegt sie dem UG. Gemäß Paragraph eins, UG ist sie berufen, der wissenschaftlichen Forschung und Lehre, der Entwicklung und der Erschließung der Künste sowie der Lehre der Kunst zu dienen und hiedurch auch verantwortlich zur Lösung der Probleme des Menschen sowie zur gedeihlichen Entwicklung der Gesellschaft und der natürlichen Umwelt beizutragen. Universitäten sind Bildungseinrichtungen des öffentlichen Rechts, die in Forschung und in forschungsgeleiteter akademischer Lehre auf die Hervorbringung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie auf die Erschließung neuer Zugänge zu den Künsten ausgerichtet sind. Im gemeinsamen Wirken von Lehrenden und Studierenden wird in einer aufgeklärten Wissensgesellschaft das Streben nach Bildung und Autonomie des Individuums durch Wissenschaft vollzogen. Die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses geht mit der

Erarbeitung von Fähigkeiten und Qualifikationen sowohl im Bereich der wissenschaftlichen und künstlerischen Inhalte als auch im Bereich der methodischen Fertigkeiten mit dem Ziel einher, zur Bewältigung der gesellschaftlichen Herausforderungen in einer sich wandelnden humanen und geschlechtergerechten Gesellschaft beizutragen. Um den sich ständig wandelnden Erfordernissen organisatorisch, studien- und personalrechtlich Rechnung zu tragen, konstituieren sich die Universitäten und ihre Organe in größtmöglicher Autonomie und Selbstverwaltung. Sie damit zu dem Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. Diese sind auch nicht gewerblicher Art, da sie sich nicht in einem Wettbewerb befindet und ihr Streben nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist. Sie ist gemäß Paragraph 4, UG eine juristische Person öffentlichen Rechts. Gemäß Paragraph 12, Absatz eins, UG ist sie vom Bund zu finanzieren. Gemäß Paragraphen 9 und 45 Absatz eins, UG übt der Bund die Rechtsaufsicht aus. Sie sind gemäß Paragraph 45, Absatz 2, UG dem Bund auskunftspflichtig. Der Bund kann gemäß Paragraph 45, Absatz 3 und 4 UG Verordnungen, Bescheide und Wahlen der Universität im Rahmen seines Aufsichtsrechts aufheben. Die Universität ist an die Rechtsmeinung des Bundes gemäß Paragraph 45, Absatz 6, UG gebunden. Die Universität Salzburg ist daher öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (für Universitäten zB BVA 27. 9. 2010, N/0071-BVA/10/2010-34, RPA 2010, 335 [Hofer]).

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

3.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Die Legitimation für einen Antrag zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung hängt vom Verbleib im Vergabeverfahren und damit von der Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung ab (zB VwGH 25. 1. 2011, 2009/04/0302, JusGuide 2011/14/1966 [VwGH]). Es kommt aber jedem ausgeschiedenen Bieter zu, die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung anzuzweifeln und nachprüfen zu lassen (zB VwGH 5. 11. 2010, 2006/04/0245, RPA-Slg 2011/7 = RPA-Slg 2011/8; idS auch VwGH 21. 12. 2007, AW 2007/04/0057). Daraus ergibt sich lediglich, dass zuerst die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung zu prüfen ist.

Somit ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Somit ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Der Nachprüfungsantrag erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Es liegt kein Grund für die Unzulässigkeit des Antrags gemäß § 322 Abs 2 vor. Der Nachprüfungsantrag erfüllt die formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Es liegt kein Grund für die Unzulässigkeit des Antrags gemäß Paragraph 322, Absatz 2, vor.

3.3 Zur Ausscheidensentscheidung - Spruchpunkt I3.3 Zur Ausscheidensentscheidung - Spruchpunkt römisch eins.

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Ausschlussgründe

§ 68. (1) Der Auftraggeber hat - unbeschadet der Abs. 2 und 3 Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn Paragraph 68, (1) Der Auftraggeber hat - unbeschadet der Absatz 2 und 3 Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn

1. 1.Ziffer eins

...

2. 7.Ziffer 7

sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

(2) ...

Ausscheiden von Angeboten

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

1. 1.Ziffer eins

Angebote von Bieter, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 oder gemäß § 68 Abs. 1 auszuschließen sind; Angebote von Bieter, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 20, Absatz 5, oder gemäß Paragraph 68, Absatz eins, auszuschließen sind;

2. 2.Ziffer 2

Angebote von Bieter, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

3. 3.Ziffer 3

...

4. 7.Ziffer 7

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

5. 8.Ziffer 8

...

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bieter ausschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

(3) Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Über diese gesetzlichen Grundlagen für das Ausscheiden von Angeboten hinaus enthält die bestandsfeste Ausschreibung in Punkt B.6.3 des Angebotsschreibens ungeachtet der Zulässigkeit solcher Festlegungen (zB BVA 20. 3. 2003, 12N-10/03-11, A 9

Brückensanierung und Deckensanierung Silberberg, BVergSlg 12.21 =

RPA 2003, 53 [Mecenovic] = ZVB 2003/81 [Kropik] = ZVB-LSK 2003/89 =

ZVB-LSK 2003/90) einen Katalog von Ausscheidensgründen. Darin wird der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 2 BVergG zu einem verpflichtenden Ausscheidensgrund gemacht. ISd Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes (BVA 10. 7.

2006, N/0044-BVA/10/2006-027, bbl 2007/176 [Keschmann] = ZVB 2006/79 [Prünster] = ZVB-LSK 2006/75 = ZVB-LSK 2006/76) sind den Verpflichtungen zur Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz Genüge getan, sodass die Auftraggeberin diesen Ausscheidensgrund heranziehen kann, da sie ihn in der Ausschreibung festgelegt und damit seine Heranziehung angekündigt hat. Darüber hinaus ist ein eigener Ausscheidensgrund für den Fall der Nichtvorlage oder nicht fristgerechten Vorlage von Unterlagen und anderen verlangten Nachweisen normiert. ZVB-LSK 2003/90) einen Katalog von Ausscheidensgründen. Darin wird der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG zu einem verpflichtenden Ausscheidensgrund gemacht. ISd Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes (BVA 10. 7. 2006, N/0044-BVA/10/2006-027, bbl 2007/176 [Keschmann] = ZVB 2006/79 [Prünster] = ZVB-LSK 2006/75 = ZVB-LSK 2006/76) sind den Verpflichtungen zur Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz Genüge getan, sodass die Auftraggeberin diesen Ausscheidensgrund heranziehen kann, da sie ihn in der Ausschreibung festgelegt und damit seine Heranziehung angekündigt hat. Darüber hinaus ist ein eigener Ausscheidensgrund für den Fall der Nichtvorlage oder nicht fristgerechten Vorlage von Unterlagen und anderen verlangten Nachweisen normiert.

Das Angebot der Antragstellerin wurde ausgeschieden. Vor der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung ist daher die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung zu prüfen.

3.3.1 Zur Pflicht, die Ausscheidensentscheidung zu begründen

Behauptet wird, dass die Ausscheidensentscheidung ungenügend begründet wurde.

§ 129 Abs 3 BVergG verlangt, dass der Auftraggeber dem Bieter den Grund für das Ausscheiden bekannt gibt. Paragraph 129, Absatz 3, BVergG verlangt, dass der Auftraggeber dem Bieter den Grund für das Ausscheiden bekannt gibt.

Die RV führt dazu aus: "Die Regelung des Abs. 3 resultiert daraus, dass das Ausscheiden nunmehr eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt (siehe § 2 Z 16 lit. a sowie die Erläuterungen dazu). Um eine Bekämpfbarkeit zu ermöglichen, ist eine Verständigungspflicht vorzusehen. Die Regelung des Abs. 3 enthält hingegen keine Vorgabe für den Auftraggeber, wann er diese Entscheidung zu treffen hat bzw. wie er den zeitlichen Ablauf der Angebotsprüfung zu gestalten hat. Wenn bei einem Verhandlungsverfahren mit mehreren Phasen nach Abschluss einer Phase ein Bieter nicht mehr zur Überarbeitung seines Angebotes aufgefordert bzw. zu weiteren Verhandlungen eingeladen wird, stellt dies jedenfalls eine nach außen wirksame Entscheidung dar. In diesem Fall muss der Auftraggeber den betreffenden Bieter vom Ausscheiden unverzüglich verständigen. Je nach Leistungsgegenstand bzw. Art und Ablauf der Angebotsprüfung kann die Entscheidung über das Ausscheiden aber auch erst in unmittelbarem zeitlichem Konnex mit der Zuschlagsentscheidung getroffen werden. Das Gesetz enthält auch ansonsten keine Aussage über den zeitlichen Ablauf der Angebotsprüfung und damit über den Zeitpunkt des Ausscheidens, es kann somit auch sein, dass die Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung gleichzeitig mit der Zuschlagsentscheidung erfolgt." (RV 1171 BlgNR XXII. GP 85) Die Regierungsvorlage führt dazu aus: "Die Regelung des Absatz 3, resultiert daraus, dass das Ausscheiden nunmehr eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt (siehe Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sowie die Erläuterungen dazu). Um eine Bekämpfbarkeit zu ermöglichen, ist eine Verständigungspflicht vorzusehen. Die Regelung des Absatz 3, enthält hingegen keine Vorgabe für den Auftraggeber, wann er diese Entscheidung zu treffen hat bzw. wie er den zeitlichen Ablauf der Angebotsprüfung zu gestalten hat. Wenn bei einem Verhandlungsverfahren mit mehreren Phasen nach Abschluss einer Phase ein Bieter nicht mehr zur Überarbeitung seines Angebotes aufgefordert bzw. zu weiteren Verhandlungen eingeladen wird, stellt dies jedenfalls eine nach außen wirksame Entscheidung dar. In diesem Fall muss der Auftraggeber den betreffenden Bieter vom Ausscheiden unverzüglich verständigen. Je nach Leistungsgegenstand bzw. Art und Ablauf der Angebotsprüfung kann die Entscheidung über das Ausscheiden aber auch erst in unmittelbarem zeitlichem Konnex mit der Zuschlagsentscheidung getroffen werden. Das Gesetz enthält auch ansonsten keine Aussage über den zeitlichen Ablauf der Angebotsprüfung und damit über den Zeitpunkt des Ausscheidens, es kann somit auch sein, dass die Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung gleichzeitig mit der Zuschlagsentscheidung erfolgt." Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 85)

Das entspricht Art 41 Abs 2 zweiter Gedankenstrich RL 2004/18/EG, wonach der öffentliche Auftraggeber auf Verlangen der betroffenen Partei unverzüglich jeden nicht berücksichtigten Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebots zu unterrichten hat. Dazu gehören in den Fällen des Artikels 23 Abs 4 und 5 RL 2004/18/EG eine Unterrichtung über die Gründe für seine Entscheidung, dass keine Gleichwertigkeit vorliegt oder dass die Bauarbeiten,

Lieferungen oder Dienstleistungen nicht den Leistungs- oder Funktionsanforderungen entsprechen. Artikel 23 Abs 4 und 5 RL 2004/18/EG betreffen die Beschreibung der Leistung durch Nennung eines Leitproduktes. Art 2c RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG modifiziert diese Holschuld des Bieters insofern, als er den Auftraggeber verpflichtet, jeder Entscheidung die einschlägigen Gründe beizufügen. Er macht aus der Holschuld des Bieters daher eine Bringschuld des Auftraggebers. Das entspricht Artikel 41, Absatz 2, zweiter Gedankenstrich RL 2004/18/EG, wonach der öffentliche Auftraggeber auf Verlangen der betroffenen Partei unverzüglich jeden nicht berücksichtigten Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebots zu unterrichten hat. Dazu gehören in den Fällen des Artikels 23 Absatz 4 und 5 RL 2004/18/EG eine Unterrichtung über die Gründe für seine Entscheidung, dass keine Gleichwertigkeit vorliegt oder dass die Bauarbeiten, Lieferungen oder Dienstleistungen nicht den Leistungs- oder Funktionsanforderungen entsprechen. Artikel 2 c, RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG modifiziert diese Holschuld des Bieters insofern, als er den Auftraggeber verpflichtet, jeder Entscheidung die einschlägigen Gründe beizufügen. Er macht aus der Holschuld des Bieters daher eine Bringschuld des Auftraggebers.

Zweck der Mitteilung der Gründe für eine Entscheidung des Auftraggebers ist, dass der Bieter die Entscheidung des Auftraggebers überprüfen und entscheiden kann, ob er einen Nachprüfungsantrag einbringt. Wegen der kurzen Fristen für Nachprüfungsanträge muss diese Zeit zur Gänze zur Verfügung stehen.

So hat der Europäische Gerichtshof noch zur RL 89/665/EWG vor der Novelle 2007/66/EG ausgesprochen, dass ein Bieter erst dann in die Lage versetzt wird, einen wirksamen Nachprüfungsantrag einzubringen, wenn er die Gründe für die Ablehnung seines Angebots erfährt (EuGH 28. 1. 2010, Rs C-406/08, Uniplex (UK), Rn 31 f, RdW 2010/68 = RPA 2010, 103 [Frauenberger-Pfeiler] = ZVB 2010/73 [Grasböck]). Zur Zuschlagsentscheidung vertritt der Verwaltungsgerichtshof die Ansicht, dass das Fehlen der Begründung § 131 BVergG widerspricht, im Regelfall für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist und daher die Zuschlagsentscheidung nichtig erklärt werden muss (VwGH 22. 4. 2009, 2009/04/0081, 0085, bbl 2009/195 = JusGuide 2009/27/1045 [VwGH] = RdW 2009/522 = RPA 2009, 244 [Papst] = ZVB 2009/87 [G. Gruber/Eisner]). Die Gründe liegen in der ungehinderten Gewährung von Rechtsschutz. So hat der Europäische Gerichtshof noch zur RL 89/665/EWG vor der Novelle 2007/66/EG ausgesprochen, dass ein Bieter erst dann in die Lage versetzt wird, einen wirksamen Nachprüfungsantrag einzubringen, wenn er die Gründe für die Ablehnung seines Angebots erfährt (EuGH 28. 1. 2010, Rs C-406/08, Uniplex (UK), Rn 31 f, RdW 2010/68 = RPA 2010, 103 [Frauenberger-Pfeiler] = ZVB 2010/73 [Grasböck]). Zur Zuschlagsentscheidung vertritt der Verwaltungsgerichtshof die Ansicht, dass das Fehlen der Begründung Paragraph 131, BVergG widerspricht, im Regelfall für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist und daher die Zuschlagsentscheidung nichtig erklärt werden muss (VwGH 22. 4. 2009, 2009/04/0081, 0085, bbl 2009/195 = JusGuide 2009/27/1045 [VwGH] = RdW 2009/522 = RPA 2009, 244 [Papst] = ZVB 2009/87 [G. Gruber/Eisner]). Die Gründe liegen in der ungehinderten Gewährung von Rechtsschutz.

Zur Widerrufsentscheidung hat der Verwaltungsgerichtshof allerdings ausgesprochen, dass es genügt, wenn objektiv Gründe vorliegen, die die Widerrufsentscheidung tragen, auch wenn sie in der Widerrufsentscheidung nicht genannt sind. Eine (bloß) unzutreffende Begründung der Entscheidung des Auftraggebers reicht für eine Nichtigerklärung nicht aus (VwGH 3. 9. 2008, 2008/04/0109, Förderanlage, JusGuide 2008/45/787 [VwGH] = RPA 2008, 325 [Reisner] = RPA-Slg 2008/37).

Für die Zuschlagsentscheidung fehlt eine Aussage in der Rechtsprechung.

Betreffend die Widerrufsentscheidung geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass eine Verletzung von Rechten des Bieters nicht möglich ist, wenn die Entscheidung - objektiv - rechtmäßig ist, auch wenn die Gründe nicht mitgeteilt wurden. Betreffend die Zuschlagsentscheidung geht er in der jüngeren Entscheidung davon aus, dass einerseits § 131 BVergG die Mitteilung der Gründe verlangt und andererseits auch die Gewährung von Rechtsschutz die Mitteilung der Gründe erfordert. Schließlich leitet auch der Europäische Gerichtshof aus der RL 89/665/EG die Verpflichtung zur

Begründung der Entscheidung des Auftraggebers aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes ab. Merl leitet den Grundsatz ab, dass alle "letzten Entscheidungen" für einen Bieter zu begründen sind. Darunter fällt auch eine Ausscheidensentscheidung (Merl, Rechtsfolgen einer fehlenden oder unzureichenden Begründung der Zuschlagsentscheidung, RPA 2010, 319). Betreffend die Widerrufsentscheidung geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass eine Verletzung von Rechten des Bieters nicht möglich ist, wenn die Entscheidung - objektiv - rechtmäßig ist, auch wenn die Gründe nicht mitgeteilt wurden. Betreffend die Zuschlagsentscheidung geht er in der jüngeren Entscheidung davon aus, dass einerseits Paragraph 131, BVergG die Mitteilung der Gründe verlangt und andererseits auch die Gewährung von Rechtsschutz die Mitteilung der Gründe erfordert. Schließlich leitet auch der Europäische Gerichtshof aus der RL 89/665/EG die Verpflichtung zur Begründung der Entscheidung des Auftraggebers aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes ab. Merl leitet den Grundsatz ab, dass alle "letzten Entscheidungen" für einen Bieter zu begründen sind. Darunter fällt auch eine Ausscheidensentscheidung (Merl, Rechtsfolgen einer fehlenden oder unzureichenden Begründung der Zuschlagsentscheidung, RPA 2010, 319).

Aus diesen Überlegungen lässt sich schließen, dass Bietern aus Gründen des Rechtsschutzes ein selbständiges Recht auf Begründung für sie letzter Entscheidungen in einem Vergabeverfahren zukommt. Zumindest im Hinblick auf die Kosten des Nachprüfungsverfahrens kommt dieser Forderung Berechtigung zu, da der Antragstellerin auch im Zuge des Nachprüfungsverfahrens seinen Antrag auch nach einer Akteneinsicht oder Stellungnahme des Auftraggebers ausweiten kann, solange er sich innerhalb der geltend gemachten Beschwerdepunkte bewegt. Kommt er bei Fehlen der Begründung dabei zu dem Schluss, dass der Nachprüfungsantrag unberechtigt war, hat er keine Möglichkeit zur Rückerstattung der Verfahrenskosten, auch wenn der Nachprüfungsantrag durch das fehlerhafte Verhalten des Auftraggebers veranlasst war.

In diesem Sinn lässt sich der der Antragstellerin bekanntgegebene Ausscheidensentscheidung nicht mit der zur Überprüfung dieser Entscheidung erforderlichen Genauigkeit entnehmen, weshalb ihr Angebot ausgeschieden wurde, zumal weder Ausscheidensgründe im Detail noch die Rechtsgrundlagen für das Ausscheiden angegeben wurden. Die Ausscheidensentscheidung lässt sich anhand der Angaben in dem Telefax vom 11. März 2011 schlecht nachvollziehen. Sie ist ungenügend und entspricht den Anforderungen des § 129 Abs 3 BVergG nicht vollständig. In diesem Sinn lässt sich der der Antragstellerin bekanntgegebene Ausscheidensentscheidung nicht mit der zur Überprüfung dieser Entscheidung erforderlichen Genauigkeit entnehmen, weshalb ihr Angebot ausgeschieden wurde, zumal weder Ausscheidensgründe im Detail noch die Rechtsgrundlagen für das Ausscheiden angegeben wurden. Die Ausscheidensentscheidung lässt sich anhand der Angaben in dem Telefax vom 11. März 2011 schlecht nachvollziehen. Sie ist ungenügend und entspricht den Anforderungen des Paragraph 129, Absatz 3, BVergG nicht vollständig.

Andererseits wäre es unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf das Ergebnis des Vergabeverfahrens widersinnig, den Auftraggeber zu mehr als dem Ersatz der Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu verpflichten, wenn die Ausscheidensentscheidung objektiv gerechtfertigt ist. Ist die Ausscheidensentscheidung daher mangelhaft begründet, das Ausscheiden jedoch objektiv gerechtfertigt, würde es keinen Sinn machen, sie für nichtig zu erklären. Dafür sprechen die Überlegungen zur Antragslegitimation, die einem Bieter, der ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot gelegt hat, die Schutzwürdigkeit absprechen (zB VwGH 11. 11. 2009, 2009/04/0240, bbl 2010/33 = JusGuide 2009/51/1231 [VwGH] = JusGuide 2009/51/1232 [VwGH] = RdW 2010/98 = ZVB 2010/22 [G. Gruber/Eisner] mwN).

Allerdings ist der Auftraggeber nicht gehindert, die Ausscheidensentscheidung jederzeit zurückzunehmen und durch eine

neue, entsprechend begründete zu ersetzen (idS zur Zuschlagsentscheidung zB VwGH 3. 9. 2008, 2008/04/0109). Diese Lösung hätte den Vorteil, dass die Kostenfrage geklärt wäre. Am Ergebnis des Vergabeverfahrens würde sich nichts ändern. Dass diese Effizienzüberlegungen auch bei der Beurteilung, ob eine Entscheidung für nichtig zu erklären ist, hat einerseits der Europäische Gerichtshof grundsätzlich nicht abgelehnt (EuGH 19. 6. 2003, Rs C-249/01, Hackermüller, Slg 2003, I-6.319 = BVergSlg 33.9 = RPA 2003, 307 [Katary] = wbl 2003/238 = ZER 2004/173 = ZVB 2003/86 [Latzenhofer] = ZVB-LSK 2003/102 = ZVB-LSK 2003/103) und kommt andererseits in § 325 Abs 1 Z 2 BVergG zum Ausdruck (2003/103) und kommt andererseits in Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zum Ausdruck. Es sind daher die Ausscheidensgründe ebenfalls zu prüfen.

3.3.2 Zu den Ausscheidensgründen

Vorauszuschicken ist, dass die Ausschreibung nicht angefochten wurde und daher bestandskräftig ist (zB VwGH 12. 9. 2007,

2005/04/0236, RPA-Slg 2008/1 = ZfVB 2008/736; 19. 11. 2008,

2007/04/0018, 0019, SKA-RZ St. Radegund, RdW 2009/230 = RPA 2009,

79 [Etlinger] = ZVB 2009/49 [G. Gruber/Eisner]; 20. 5. 2010, 2007/04/0072; 1. 7. 2010, 2009/04/0256, JusGuide 2010/33/1609 [VwGH]; BVA 10. 7. 2009, N/0058-BVA/10/2009-25, ZVB 2009/83 [Rosenkranz] mwN; 30. 10. 2009, N/0093-BVA/09/2009-54, N/0102-BVA/09/2009-32, ZVB-LSK 2010/35 = ZVB-LSK 2010/36). Ihre Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zB VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090, bbl 2010/32 = ZfVB 2010/484 = ZVB 2010/23 [G. Gruber/Eisner]; BVA 11. 12. 2007, N/0104-BVA/09/2007-042, FutureLearning-Competence-Cluster, RPA 2008, 33 [Etlinger]). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135, RdW 2006/344 = ZfVB 2007/71 = ZfVB 2007/169; 27. 6. 2007, 2005/04/0234, ZfVB 2008/159). Sie sind der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (zB VwGH 7. 9.

2009, 2007/04/0090, bbl 2010/32 = ZfVB 2010/484 = ZVB 2010/23

[G. Gruber/Eisner] mwN; BVA 6. 10. 2009, N/0086-BVA/02/2009-32,

ZVB-LSK 2010/28 = ZVB-LSK 2010/29; 5. 3. 2010,

N/0131-BVA/14/2009-35, RPA-Slg 2010/10 = RPA-Slg 2010/9 = ZVB-LSK

2010/58 = ZVB-LSK 2010/59). Es ist von einer strengen Bindung an

die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (BVA 30. 4. 2009,

N/0021-BVA/10/2009-28, RPA-Slg 2009/27 = RPA-Slg 2009/28),

andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen

würde (zB BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29, Leopold Franzens

Universität Innsbruck, RPA 2009, 33 [Hofer] = ZVB 2009/14

[Grasböck] = ZVB-LSK 2009/4 = ZVB-LSK 2009/5).

Da es sich bei der Ausschreibung um eine Erklärung des

Auftraggebers und beim Angebot um eine Erklärung des Bieters

handelt, ist ihr Inhalt von Bedeutung. Dieser ist nach ständiger

Rechtsprechung und der Literatur nach den Regeln der §§ 914 f ABGB

zu ermitteln (BVA 25. 1. 2000, F-17/98-32, BVergSlg 3.35 = BVergSlg 11.9 = BVergSlg 17.32 = BVergSlg 21.18; 8. 7. 2003, 14N-64/03-11, "Austausch von Aluleitschienen", BVergSlg 27.138 = RPA 2003, 222 [Mugli-Maschek] = wbl 2004/67; 14. 11. 2003, 09N-100/03-19, BVergSlg 12.23 = BVergSlg 30.50; 23. 12. 2003, 17N-129/03-21, ZVB 2004/27 [Stiefelmeyer] = ZVB-LSK 2004/25; 23. 7. 2004, 04N-50/04-46, "Planung Expo Pavillon 2005", RPA 2004, 320 [Estermann]; 7. 9. 2004, 11N-65/04-12, "Kompaktkehrblasgeräte", RPA 2004, 384 [Blaha]; 22. 3. 2005, 16N-9/05-19, RPA-Slg 2005/24 = ZVB 2005/60 [Grasböck] = ZVB-LSK 2005/64; 11. 4. 2005, 04N-6/05-76; 18. 12. 2006, N/0091-BVA/10/2006-038; 21. 4. 2008, N/0030-BVA/10/2008-036, RPA-Slg 2008/25; 15. 6. 2010, N/0038-BVA/10/2010-44 ua; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war (OGH 26. 4. 1961, 5 Ob 135/61) und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Es kommt nämlich nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es sind vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und des Angebots maßgebend (VwGH 16. 2. 2005, 2004/04/0030, "Bühnentechnik-Sanierung Vinomnasaal", RPA 2005, 101 [Latzenhofer] = ZfVB 2006/669; 29. 3. 2006, 2004/04/0144, ZfVB 2007/979; BVA 29. 6. 2007, N/0057-BVA/11/2007-25, "Neubau Stellwerk Wien-Südbahnhof", RPA 2007, 229 [Etlinger]; 1. 7. 2008, N/0056-BVA/04/2008-20, RPA-Slg 2008/34; 14. 11. 2008, N/0122-BVA/04/2008-48, RPA-Slg 2008/49 = ZVB-LSK 2009/44 = ZVB-LSK 2009/45 = ZVB-LSK 2009/46; 8. 4. 2009, N/0016-BVA/04/2009-15, RPA-Slg 2009/21; 10. 7. 2009, N/0058-BVA/10/2009-25, ZVB 2009/83 [Rosenkranz]; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 961).

3.3.2.1 Zur Befugnis der Antragstellerin

Die Antragstellerin verfügt über das freie Gewerbe "Zusammenbau von Kino und Theaterstühlen aus zugekauften, vorgefertigten Bestandteilen aus Metall und Polsterung mit einfachen Handgriffen durch Verschrauben". Die Befugnis zur Planung der Arbeiten ist davon nicht erfasst. Es steht der Antragstellerin allerdings gemäß § 32 Abs 1 Z 8 GewO 1994 zu. Im Gegensatz zu dem Vorbringen im Verfahren stellt § 32 Abs 2 GewO bloß auf den wirtschaftlichen Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes ab, sodass der Anteil der Planung am geschätzten Auftragswert keine

Rolle spielt. Für den Metallbau hat die Antragstellerin einen Subunternehmer namhaft gemacht. Die Eignungsnachweise hat sie ausschreibungskonform durch die Vorlage eines Gewerberegisterauszugs und insbesondere entsprechend Punkt f des Angebotsschreibens durch den Verweis auf den ANKÖ erbracht. Die abgegebene Eigenerklärung entspricht dem Muster in der Ausschreibung und ist daher nicht zu beanstanden. Die Antragstellerin verfügt daher über die nötige Eignung zur Ausführung des Auftrags. Die Antragstellerin verfügt über das freie Gewerbe "Zusammenbau von Kino und Theaterstühlen aus zugekauften, vorgefertigten Bestandteilen aus Metall und Polsterung mit einfachen Handgriffen durch Verschrauben". Die Befugnis zur Planung der Arbeiten ist davon nicht erfasst. Es steht der Antragstellerin allerdings gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 8, GewO 1994 zu. Im Gegensatz zu dem Vorbringen im Verfahren stellt Paragraph 32, Absatz 2, GewO bloß auf den wirtschaftlichen Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes ab, sodass der Anteil der Planung am geschätzten Auftragswert keine Rolle spielt. Für den Metallbau hat die Antragstellerin einen Subunternehmer namhaft gemacht. Die Eignungsnachweise hat sie ausschreibungskonform durch die Vorlage eines Gewerberegisterauszugs und insbesondere entsprechend Punkt f des Angebotsschreibens durch den Verweis auf den ANKÖ erbracht. Die abgegebene Eigenerklärung entspricht dem Muster in der Ausschreibung und ist daher nicht zu beanstanden. Die Antragstellerin verfügt daher über die nötige Eignung zur Ausführung des Auftrags.

3.3.2.2 Zur Rechtzeitigkeit und Vollständigkeit der Aufklärung

Die RV führt dazu aus: "Gemäß Abs. 2 kann der Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Dies stellt bloß eine Möglichkeit zum Ausscheiden dar, die es dem Auftraggeber ermöglichen soll, Angebote weiterhin zu prüfen, obwohl der Bieter (aus welchen Gründen immer) Aufklärungen unterlassen oder nicht nachvollziehbar begründet hat. Hinzuweisen ist darauf, dass § 68 Abs. 1 Z 7 eine lex specialis zu Abs. 2 enthält." (RV 1171 BlgNR XXII. GP 85) Die Regierungsvorlage führt dazu aus: "Gemäß Absatz 2, kann der Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Dies stellt bloß eine Möglichkeit zum Ausscheiden dar, die es dem Auftraggeber ermöglichen soll, Angebote weiterhin zu prüfen, obwohl der Bieter (aus welchen Gründen immer) Aufklärungen unterlassen oder nicht nachvollziehbar begründet hat. Hinzuweisen ist darauf, dass Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, eine lex specialis zu Absatz 2, enthält." Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 85)

Mit E-Mail vom 18. Jänner 2011 wurde die Antragstellerin zur Aufklärung bis 21. Jänner 2011 aufgefordert. Die Aufklärung leistete sie am 24. Jänner 2011. Sie hat allerdings die Zustimmung der vergebenden Stelle zur Abgabe der Aufklärung am 24. Jänner 2011 eingeholt. Die Aufklärung war somit nicht verspätet.

Die Auftraggeberin verlangte Aufklärung zu den Produkten "D****" in den Positionen 80.10.00 und 80.10.11D, "E****" in der Position 80.10.00E und dem in Position 80.10.01M angebotenen Produkt durch Vorlage von Datenblättern, Zeichnungen, wie Gestühl und Tisch im Detail ausgeführt werden, und eine Angabe über die Anzahl der ständig Beschäftigten im Betrieb der Antragstellerin. Dabei verlangte sie Aufklärung zu der Position 80.10.11D, die in der Ausschreibung nicht vorkommt.

Die Antragstellerin legte ihrem Aufklärungsschreiben Zeichnungen der angebotenen Hörsaalbestuhlung, ein Prüfzeugnis des Holzforschungsinstitutes, eine Berichtigung der Eintragung beim ANKÖ als Auskunft über die Zahl der Beschäftigten, ein Datenblatt zu den angebotenen Steckdosen und eine allgemeine Beschreibung der Hörsaalstühle. Die Auskunft "ausschreibungskonform" wurde zu den Positionen 80.10.00D und 80.10.00E erteilt. Daraus ergibt sich, dass die Antragstellerin die in der Bieteranfrage genannte Position 80.10.11D iSd Ausschreibung verstanden hat. Datenblätter lagen der Aufklärung keine bei.

Die Antragstellerin bietet in der Position 80.10.00D das Produkt "D****" für MDF-Platten an. Als Richtfabrikat nennt die Ausschreibung "F*** / Perforation Nr. ***". In der Position 80.10.00E ist als Richtfabrikat "H****" genannt. Die Antragstellerin bot das Fabrikat "E****" an. Zu dem angebotenen Produkt legte die Antragstellerin keine Datenblätter bei. Insofern ist die Auskunft unvollständig, da sie dem Aufklärungsersuchen nicht entsprochen hat. Die von der Antragstellerin genannte Auslegung der Auskunft "ausschreibungskonform" hätte zur Folge, dass es der Antragstellerin

frei stünde, das in der Position angebotene Produkt und damit ihr Angebot zu ändern. Dies ist im offenen Verfahren nach Angebotsöffnung jedenfalls unzulässig (zB BVA 27. 9. 2010, N/0071-BVA/10/2010-34, RPA 2010, 335 [Hofer]; 23. 2. 2011, N/0003-BVA/02/2011-19).

Nach dem Wortverständnis kann "ausschreibungskonform" im gegebenen Zusammenhang zweierlei bedeuten. Einerseits gibt die Antragstellerin dieser Wortfolge die Bedeutung, dass sie das beispielhaft genannte Produkt anbieten will. Der objektive Erklärungswert in diesen beiden Positionen ist allerdings zu ermitteln. Da die Antragstellerin zumindest in beiden Positionen anders als die Leitprodukte benannte Produkte angeboten hat, wäre es an ihr gelegen, auch eine allenfalls unterschiedliche Bezeichnung eindeutig klarzustellen. Da die Ausschreibung dem Bieter das Anbieten eines gleichwertigen Produkts ermöglicht, kann "ausschreibungskonform" in diesem Zusammenhang auch bedeuten, dass das angebotene Produkt dem beispielhaft genannten gleichwertig ist. Diesen Nachweis hätte sie jedoch gemäß § 98 Abs 8 BVergG iVm Punkt f des Angebotsschreibens zu führen gehabt. Sie hätte daher eindeutig klarstellen müssen, dass sie das beispielhaft genannte Produkt anbieten will, was durch die abweichenden Bezeichnungen besonders gefordert war, oder entsprechende Beschreibungen, Datenblätter oder andere Unterlagen zum Nachweis der Gleichwertigkeit vorlegen müssen. Nach dem Wortverständnis kann "ausschreibungskonform" im gegebenen Zusammenhang zweierlei bedeuten. Einerseits gibt die Antragstellerin dieser Wortfolge die Bedeutung, dass sie das beispielhaft genannte Produkt anbieten will. Der objektive Erklärungswert in diesen beiden Positionen ist allerdings zu ermitteln. Da die Antragstellerin zumindest in beiden Positionen anders als die Leitprodukte benannte Produkte angeboten hat, wäre es an ihr gelegen, auch eine allenfalls unterschiedliche Bezeichnung eindeutig klarzustellen. Da die Ausschreibung dem Bieter das Anbieten eines gleichwertigen Produkts ermöglicht, kann "ausschreibungskonform" in diesem Zusammenhang auch bedeuten, dass das angebotene Produkt dem beispielhaft genannten gleichwertig ist. Diesen Nachweis hätte sie jedoch gemäß Paragraph 98, Absatz 8, BVergG in Verbindung mit Punkt f des Angebotsschreibens zu führen gehabt. Sie hätte daher eindeutig klarstellen müssen, dass sie das beispielhaft genannte Produkt anbieten will, was durch die abweichenden Bezeichnungen besonders gefordert war, oder entsprechende Beschreibungen, Datenblätter oder andere Unterlagen zum Nachweis der Gleichwertigkeit vorlegen müssen.

Nach herrschender Rechtsprechung war das Aufklärungsersuchen hinlänglich genau formuliert, auch wenn dem Bieter die Art des Nachweises in Punkt 1 des Aufklärungsersuchens freigestellt war. Es genügt überdies, einen Bieter einmal zur Aufklärung aufzufordern. Kommt er diesem Aufklärungsersuchen nicht oder nur unvollständig nach, ist es dem Auftraggeber verwehrt, eine Aufklärung der Aufklärung zu verlangen (zB BVA 22. 6. 2006, N/0030-BVA/10/2008-036, RPA-Slg 2008/25 mwN). Dies gilt umso mehr, als es sich um das Nachreichen von Unterlagen handelt, die der Bieter bereits zusammen mit dem Angebot hätte vorlegen müssen.

Aus der Position 80.10.00B ergibt sich nämlich, dass Zeichnungen mit der Darstellung der Konstruktion und der Materialien sowie eine Beschreibung der angebotenen Oberflächenbehandlung von Stahl und Holz dem Angebot beizulegen gewesen wären. Die Antragstellerin beschränkte sich jedoch darauf, die Entwurfspläne, die der Ausschreibung beilagen, dem Angebot anzuschließen. Eigene Ausarbeitungen erstellte sie offensichtlich erst nach der Aufforderung zur Verbesserung.

Im Sachverhalt genannte unbedingte Ausscheidensgründe gemäß Punkt B.6.3 des Angebotsschreibens sind erfüllt. Die Auftraggeberin hat dadurch vorweg bekannt gegeben, wie sie das durch § 129 Abs 2 BVergG eingeräumte Ermessen ausüben will (VwGH 21. 3. 2011, 2008/04/0083). Sie würde gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens des § 19 Abs 1 BVergG, insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, verstoßen, würde sie von dem Ausscheiden bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen absehen. Dadurch konnte sie das Angebot der Antragstellerin zu Recht gemäß § 129 Abs 2 BVergG ausscheiden, da eine alternativ genannte Tatbestandsvoraussetzungen, die Unvollständigkeit der Auskunft, erfüllt ist. Im Sachverhalt genannte unbedingte Ausscheidensgründe gemäß Punkt B.6.3 des Angebotsschreibens sind erfüllt. Die Auftraggeberin hat dadurch vorweg bekannt gegeben, wie sie das durch Paragraph 129, Absatz 2, BVergG eingeräumte Ermessen ausüben will (VwGH 21. 3. 2011, 2008/04/0083). Sie würde gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, verstoßen, würde sie von dem Ausscheiden bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen absehen. Dadurch konnte sie das Angebot der Antragstellerin zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG ausscheiden, da eine alternativ genannte Tatbestandsvoraussetzungen, die Unvollständigkeit der Auskunft, erfüllt ist.

3.3.2.3 Zur Ausschreibungskonformität des Angebots der Antragstellerin

Die Auftraggeberin legte auf die Form des Hörsaalgestühls besonderen Wert. Dies brachte sie durch die Verweise in Positionen 80.00.05B, 80.10.00B und 80.10.00D des Leistungsverzeichnisses und die konkrete Festlegung der Form in den ausdrücklich in Punkt 1.4 der Positionen 80.00.05B und 80.10.00D verwiesenen Plänen A-DT 5- 665 und 5-666, die der Ausschreibung beilagen.

Die Zeichnungen wären gemäß Position 80.10.00B bereits dem Angebot beizulegen gewesen. Sie müssen nicht die Genauigkeit der Werkplanzeichnungen aufweisen, die nach Position 80.00.05C erst nach Auftragserteilung zu erbringen sein wird und der Freigabe durch die Bauleitung bedarf. Allerdings müssen die Zeichnungen den Vorgaben der Ausschreibung entsprechen und die Überprüfbarkeit der Einhaltung der Vorgaben der Ausschreibung ermöglichen.

Die Antragstellerin hat nun ein Hörsaalgestühl gezeichnet, das hinsichtlich der Profilierung, in einer Zeichnung der Montage, der äußeren Gestaltung und den funktionellen Anforderungen den Vorgaben der Ausschreibung nicht entspricht. Die Standrohre sind sichtbar. Die Befestigung ist im Boden versenkt, wo die Montage technisch nicht möglich ist. Die Lüftungsöffnungen sind versenkt. Eine verdeckte Kabelführung ist unmöglich. Der Einbau der Steckdosen ist ebenfalls nicht möglich. Die akustischen Dämmplatten, die aus bauphysikalischen Gründen nötig sind, finden keinen Platz. Dieser Widerspruch zur Ausschreibung ist auf den abgegebenen Zeichnungen eindeutig erkennbar.

Wenn nun die Antragstellerin vorbringt, die vergebende Stelle hätte sie zur Bemusterung einladen müssen, um das angebotene System abschließend darstellen und Unstimmigkeiten ausräumen zu können, ist ihr zu entgegnen, dass die abgegebenen Zeichnungen bereits zeigen, dass sie die Anforderungen der Ausschreibung nicht erfüllt. Nach Punkt B.6.2 des Angebotsschreibens werden nur ausgewählte Bieter zur Bemusterung aufgefordert. Die Bemusterung nach Punkt 2.2 in Position 80.00.05C findet erst im Zuge der Ausführung des Auftrags statt, sodass sie im Vergabeverfahren unbeachtlich ist. Das Wort "ausgewählte" mag Willkür einräumen. Allerdings lässt es sich insofern entsprechend den Grundsätzen des Vergabeverfahrens verstehen, dass nach einer Prüfung der schriftlichen Angebote jene ausgeschieden werden, die bereits zu diesem Zeitpunkt erkennbar den Ausschreibungsbedingungen widersprechen. Danach werden nur die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter zur Bemusterung eingeladen. Insofern ist die Vorgangsweise der vergebenden Stelle nicht zu beanstanden.

Insgesamt erweist sich das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin daher als rechtmäßig.

3.4 Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung - Spruchpunkt II 3.4 Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung - Spruchpunkt römisch zwei.

Die Antragstellerin beantragte auch die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Ihr Angebot wurde - wie oben dargestellt - zu Recht ausgeschieden. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt einem Angebot, das auszuscheiden ist oder ausgeschieden wurde, jedoch keine Antragslegitimation zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu, sodass ein diesbezüglicher Antrag zurückzuweisen ist (st Rspr; unlängst zB VwGH 25. 1. 2011, 2009/04/0302, JusGuide 2011/14/1966 [VwGH]).

3.5 Ersatz der Pauschalgebühr - Spruchpunkt III 3.5 Ersatz der Pauschalgebühr - Spruchpunkt römisch drei.

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Paragraph 319, (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins

dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. 2.Ziffer 2

dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

(3) [...]

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat jedoch mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht obsiegt, da das Bundesvergabeamt den Nachprüfungsantrag teilweise ab- und teilweise zurückwies. Der Ersatz der bezahlten Pauschalgebühr findet daher nicht statt.

Schlagworte

Begründungspflicht auch für die Ausscheidensentscheidung; Keine Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung trotz Begründungsmangels; Bindung des Ermessens beim Ausscheiden von Angeboten;

Zuletzt aktualisiert am

27.07.2011

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