

TE Verg Bescheid 2010/10/28 N/0078-BVA/09/2010-33

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.10.2010

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §14 Abs1

BVergG 2006 §14 Abs3

BVergG 2006 §139 Abs2 z 3

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1 Z2

BVergG 2006 §345 Abs14 Z1

BVergG 2006 §345 Abs14 Z2

B-VG Art14b Abs2 Z1

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

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

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

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 139 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 § 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 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne - Sicherheitstechnik" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 13. September 2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den

Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne - Sicherheitstechnik" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 13. September 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge die Widerrufsentscheidung des Auftraggebers vom 01.09.2010 zur GZ N/0068-BVA/09/2010 für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

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

II.römisch zwei.

Der Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 13. September 2010 Anträge auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 13. September 2010 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber mit Telefax vom 1. September 2010 mitgeteilt habe, dass er beabsichtige, die gegenständliche Ausschreibung zu widerrufen. Begründet worden sei dies damit, dass im LV in den OG 01 - 06 unter LG 21 die VdS- Anerkennung gemäß Klasse C gefordert sei. Das ausgeschriebene Leitprodukt XX entspreche hingegen der VdS-Klasse B und erfülle daher nicht die geforderte Klassifizierung. Dies betreffe insbesondere die unter Pos. 2120A bis 2120D angeführten Zylinder. Es liege insofern ein Widerspruch in der Ausschreibung vor, der gegenwärtig keiner Berichtigung mehr zugänglich sei. Daher komme nur mehr ein Widerruf des Vergabeverfahrens in Betracht. Mit Schriftsatz vom 13. September 2010 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber mit Telefax vom 1. September 2010 mitgeteilt habe, dass er beabsichtige, die gegenständliche Ausschreibung zu widerrufen. Begründet worden sei dies damit, dass im LV in den OG 01 - 06 unter LG 21 die VdS- Anerkennung gemäß Klasse C gefordert sei. Das ausgeschriebene Leitprodukt römisch zwanzig entspreche hingegen der VdS-Klasse B und erfülle daher nicht die geforderte Klassifizierung. Dies betreffe insbesondere die unter Pos. 2120A bis 2120D angeführten Zylinder. Es liege insofern ein Widerspruch in der Ausschreibung vor, der gegenwärtig keiner Berichtigung mehr zugänglich sei. Daher komme nur mehr ein Widerruf des Vergabeverfahrens in Betracht.

Nach Ansicht der Antragstellerin sei die Widerrufsentscheidung jedoch mit Rechtswidrigkeit behaftet. Die Widerrufsentscheidung bzw. die angeführte Begründung würden keinem der in § 139 BVergG aufgezählten Gründe entsprechen. Dem Auftraggeber sei bereits bei der Ausschreibung bekannt gewesen bzw. musste diesem bekannt gewesen sein, dass Offline- Zutrittskontrollsysteme wie das in der Ausschreibung festgehaltene Leitprodukt generell nicht nach VdS- Klasse C anerkannt würden, sondern dies ausschließlich bei Online- Zutrittskontrollsystemen der Fall sei. Nach Ansicht der Antragstellerin sei die Widerrufsentscheidung jedoch mit Rechtswidrigkeit behaftet. Die Widerrufsentscheidung bzw. die angeführte Begründung würden keinem der in Paragraph 139, BVergG aufgezählten Gründe entsprechen. Dem Auftraggeber sei bereits bei der Ausschreibung bekannt gewesen bzw. musste diesem bekannt gewesen sein, dass Offline- Zutrittskontrollsysteme wie das in der Ausschreibung festgehaltene Leitprodukt generell nicht nach VdS- Klasse C anerkannt würden, sondern dies ausschließlich bei Online- Zutrittskontrollsystemen der Fall sei.

Festzuhalten sei, dass in der Leistungsbeschreibung eindeutig ein Offline- Zutrittskontrollsystem mit dem Leitfabrikat XX ausgeschrieben worden sei. Es könnten daher keine Umstände vorliegen, die den Auftraggeber dazu bewogen hätten, eine wesentlich andere Ausschreibung zu verfassen oder von der Ausschreibung überhaupt abzusehen. Bereits aufgrund der technischen Gegebenheiten sei für alle qualifizierten Bieter aus dem LV eindeutig ersichtlich gewesen,

dass der Auftraggeber ein Offline- Zutrittskontrollsystem ausgeschrieben habe und es somit für sämtliche Bieter technisch unmöglich gewesen wäre, ein solches Zutrittskontrollsystem nach VdS- Klasse C anzubieten. Festzuhalten sei, dass in der Leistungsbeschreibung eindeutig ein Offline- Zutrittskontrollsystem mit dem Leitfabrikat römisch zwanzig ausgeschrieben worden sei. Es könnten daher keine Umstände vorliegen, die den Auftraggeber dazu bewogen hätten, eine wesentlich andere Ausschreibung zu verfassen oder von der Ausschreibung überhaupt abzusehen. Bereits aufgrund der technischen Gegebenheiten sei für alle qualifizierten Bieter aus dem LV eindeutig ersichtlich gewesen, dass der Auftraggeber ein Offline- Zutrittskontrollsystem ausgeschrieben habe und es somit für sämtliche Bieter technisch unmöglich gewesen wäre, ein solches Zutrittskontrollsystem nach VdS- Klasse C anzubieten.

Wenn bei Auslegung der Ausschreibung bzw. des LV eindeutig erkennbar sei, anhand welcher Kriterien die Angebote zu legen seien, sei es irrelevant, ob ein etwaiger Widerspruch vorhanden sein sollte, da eine Ausschreibung nach den §§ 914ff ABGB auszulegen sei. Ein etwaiger Widerspruch in der Ausschreibung wäre bereits vor Ende der Angebotsfrist "anzupassen" gewesen. Selbst bei Vorliegen des Widerspruchs sei der Wille des Auftraggebers eindeutig ersichtlich gewesen und habe die Ausschreibung auch den geforderten Mindestkriterien einer Ausschreibung entsprochen. Wenn bei Auslegung der Ausschreibung bzw. des LV eindeutig erkennbar sei, anhand welcher Kriterien die Angebote zu legen seien, sei es irrelevant, ob ein etwaiger Widerspruch vorhanden sein sollte, da eine Ausschreibung nach den Paragraphen 914 f, f, ABGB auszulegen sei. Ein etwaiger Widerspruch in der Ausschreibung wäre bereits vor Ende der Angebotsfrist "anzupassen" gewesen. Selbst bei Vorliegen des Widerspruchs sei der Wille des Auftraggebers eindeutig ersichtlich gewesen und habe die Ausschreibung auch den geforderten Mindestkriterien einer Ausschreibung entsprochen.

Es würden somit keine zwingenden Gründe vorliegen, die zu einem Widerruf der Ausschreibung führen würden. Auch würden keine sachlichen Gründe vorliegen, die einen Widerruf der Ausschreibung rechtfertigen könnten. Widerrufsgründe müssten jedenfalls dermaßen schwerwiegend sein, dass sie einen Widerruf sachlich rechtfertigen könnten. Aufgrund der eindeutig gefassten Ausschreibung und den gelegten Angeboten sei davon auszugehen, dass ein Widerruf des Verfahrens nicht notwendig sei. Dem Auftraggeber würden keine schwerwiegenden Nachteile drohen, wenn die Ausschreibung nicht widerrufen würde. Der Auftraggeber dürfe einen Widerruf nicht nach freiem Ermessen erklären. Die Widerrufsentscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss.

Mit Schriftsatz vom 22. September 2010 brachte die mitbeteiligte Partei, die B***, im Wesentlichen vor, dass sie im zugrundeliegenden Vergabeverfahren ein gültiges Angebot gelegt habe und die Zuschlagsentscheidung zugunsten der A*** bekämpft habe. Das entsprechende Nachprüfungsverfahren zu GZ: N/0068- BVA/09/2010 sei noch anhängig. Durch die von A*** begehrte Entscheidung sei die B*** unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen, da mit dem bekämpften Widerruf der Ausschreibung auch die von ihr im Verfahren zu GZ: N/0068- BVA/09/2010 bekämpfte Zuschlagsentscheidung obsolet würde und sie sohin iSd § 319 Abs 1 BVergG klaglos gestellt wäre und jedenfalls auch Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren hätte. Sie beabsichtige ferner, sich an einer neuen, berichtigten Ausschreibung wiederum zu beteiligen. Mit Schriftsatz vom 22. September 2010 brachte die mitbeteiligte Partei, die B***, im Wesentlichen vor, dass sie im zugrundeliegenden Vergabeverfahren ein gültiges Angebot gelegt habe und die Zuschlagsentscheidung zugunsten der A*** bekämpft habe. Das entsprechende Nachprüfungsverfahren zu GZ: N/0068- BVA/09/2010 sei noch anhängig. Durch die von A*** begehrte Entscheidung sei die B*** unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen, da mit dem bekämpften Widerruf der Ausschreibung auch die von ihr im Verfahren zu GZ: N/0068- BVA/09/2010 bekämpfte Zuschlagsentscheidung obsolet würde und sie sohin iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG klaglos gestellt wäre und jedenfalls auch Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren hätte. Sie beabsichtige ferner, sich an einer neuen, berichtigten Ausschreibung wiederum zu beteiligen.

Nach ständiger Judikatur des VwGH habe die Vergabekontrollbehörde einen Nachprüfungsantrag eines Bieters, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre, jedoch nicht ausgeschieden worden sei, mangels Antragslegitimation zurückzuweisen. Das Angebot der A*** wäre auszuscheiden gewesen, da, wie vom Auftraggeber auch zugestanden worden sei, das von der A*** in der Bieterlücke angeführte Produkt dem beispielhaft angeführten Produkt XX nicht gleichwertig sei. Nach ständiger Judikatur des VwGH habe die Vergabekontrollbehörde einen Nachprüfungsantrag eines Bieters, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre, jedoch nicht ausgeschieden worden sei, mangels

Antragslegitimation zurückzuweisen. Das Angebot der A*** wäre auszuschneiden gewesen, da, wie vom Auftraggeber auch zugestanden worden sei, das von der A*** in der Bieterlücke angeführte Produkt dem beispielhaft angeführten Produkt römisch zwanzig nicht gleichwertig sei.

Das angeführte Leitprodukt XX entspreche nicht der VdS- Klasse C. Falls dieser Umstand dem Auftraggeber zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht bekannt gewesen wäre und dieser Umstand, wäre er dem Auftraggeber bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätte, sei das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen (§ 139 Abs 1 Z 1 BVergG). Nach der Literatur würden auch nicht unwesentliche Fehler oder Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen zu einem Widerruf gemäß § 139 Abs 2 Z 3 BVergG führen. Eine solche Unklarheit liege zweifellos vor, sodass der Widerruf der Ausschreibung zulässig sei. Das angeführte Leitprodukt römisch zwanzig entspreche nicht der VdS- Klasse C. Falls dieser Umstand dem Auftraggeber zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht bekannt gewesen wäre und dieser Umstand, wäre er dem Auftraggeber bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätte, sei das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen (Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG). Nach der Literatur würden auch nicht unwesentliche Fehler oder Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen zu einem Widerruf gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG führen. Eine solche Unklarheit liege zweifellos vor, sodass der Widerruf der Ausschreibung zulässig sei.

Mit Schriftsatz vom 24. September 2010 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass entgegen der Rechtsansicht der Antragstellerin ein Widerrufsgrund iSd § 139 BVergG vorliege. Im LV sei in den Obergruppen 01 - 06 unter der LG 21 jeweils eine Zutrittskontrollanlage mit der VdS- Anerkennung Klasse C gefordert gewesen. Als Leitprodukt sei in der LG 21 jeweils das Produkt XX angeführt gewesen. Dieses Produkt entspreche jedoch der VdS- Klasse B und nicht der der VdS- Klasse C. Die in LV Pos. 21Z geforderte Klassifizierung sei daher vom ausgeschriebenen Leitprodukt nicht erfüllt worden und liege daher ein objektiver Widerspruch in der Ausschreibung vor. Von diesem Ausschreibungsfehler seien nicht unwesentliche Teile der Ausschreibung betroffen. Zwar sei die Ausschreibung bestandfest geworden, was jedoch nicht bedeute, dass damit etwaige Widersprüche beseitigt worden seien. Die Tatsache, dass die Ausschreibung nicht angefochten worden sei, stehe der Annahme des geltend gemachten Widerrufsgrundes nicht entgegen. Es sei gegenständlich nicht von einem geheilten Formmangel auszugehen, sondern vielmehr von einem nicht auflösbaren Widerspruch. Da eine Berichtigung der Ausschreibung bzw. eine sonstige Festlegung des Auftraggebers gegenständlich nicht mehr in Frage kommen würden, sei ein Widerruf der Ausschreibung die einzige Möglichkeit, diesen Umstand zu "sanieren". Mit Schriftsatz vom 24. September 2010 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass entgegen der Rechtsansicht der Antragstellerin ein Widerrufsgrund iSd Paragraph 139, BVergG vorliege. Im LV sei in den Obergruppen 01 - 06 unter der LG 21 jeweils eine Zutrittskontrollanlage mit der VdS- Anerkennung Klasse C gefordert gewesen. Als Leitprodukt sei in der LG 21 jeweils das Produkt römisch zwanzig angeführt gewesen. Dieses Produkt entspreche jedoch der VdS- Klasse B und nicht der der VdS- Klasse C. Die in LV Pos. 21Z geforderte Klassifizierung sei daher vom ausgeschriebenen Leitprodukt nicht erfüllt worden und liege daher ein objektiver Widerspruch in der Ausschreibung vor. Von diesem Ausschreibungsfehler seien nicht unwesentliche Teile der Ausschreibung betroffen. Zwar sei die Ausschreibung bestandfest geworden, was jedoch nicht bedeute, dass damit etwaige Widersprüche beseitigt worden seien. Die Tatsache, dass die Ausschreibung nicht angefochten worden sei, stehe der Annahme des geltend gemachten Widerrufsgrundes nicht entgegen. Es sei gegenständlich nicht von einem geheilten Formmangel auszugehen, sondern vielmehr von einem nicht auflösbaren Widerspruch. Da eine Berichtigung der Ausschreibung bzw. eine sonstige Festlegung des Auftraggebers gegenständlich nicht mehr in Frage kommen würden, sei ein Widerruf der Ausschreibung die einzige Möglichkeit, diesen Umstand zu "sanieren".

Gemäß § 96 Abs 1 BVergG seien die Leistungen so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet sei. Um einen ausreichenden Wettbewerb zu gewährleisten und dem Gleichbehandlungsgebot der Bieter zu entsprechen, müsse die Leistungsbeschreibung so abgefasst sein, dass alle Bieter die beschriebenen Leistungen ident verstehen könnten. Dies sei aber gegenständlich nicht der Fall. Es liege ein unauflösbarer Widerspruch in der Ausschreibung vor und hätte daher die Leistungsanforderung nicht eindeutig verstanden werden können. Daraus folge, dass eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben sei und in der Folge eine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung nicht möglich sei. Das Ergebnis eines Vergabeverfahrens solle ein zivilrechtlicher Vertrag sein, der auch umsetzbar sei. Aufgrund der nicht eindeutigen Leistungsbeschreibung sei dies

nicht möglich. Gemäß Paragraph 96, Absatz eins, BVergG seien die Leistungen so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet sei. Um einen ausreichenden Wettbewerb zu gewährleisten und dem Gleichbehandlungsgebot der Bieter zu entsprechen, müsse die Leistungsbeschreibung so abgefasst sein, dass alle Bieter die beschriebenen Leistungen ident verstehen könnten. Dies sei aber gegenständlich nicht der Fall. Es liege ein unauflösbarer Widerspruch in der Ausschreibung vor und hätte daher die Leistungsanforderung nicht eindeutig verstanden werden können. Daraus folge, dass eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben sei und in der Folge eine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung nicht möglich sei. Das Ergebnis eines Vergabeverfahrens solle ein zivilrechtlicher Vertrag sein, der auch umsetzbar sei. Aufgrund der nicht eindeutigen Leistungsbeschreibung sei dies nicht möglich.

Ein Widerruf sei auch dann zulässig, wenn die Gründe hierfür dem Auftraggeber bereits bei Beginn der Ausschreibung bekannt sein hätten können. Selbst Fehler des Auftraggebers könnten diesen zum Widerruf berechtigen und unter Umständen sogar verpflichten. In solchen Fallkonstellationen sei der Widerruf nicht rechtswidrig. Tatsächlich sei dem Auftraggeber der Ausschreibungsfehler erst nach Angebotsöffnung aufgefallen. Selbst wenn der Fehler in der Ausschreibung eine Ausschreibung nicht ausgeschlossen oder nicht zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätte, würde jedenfalls ein sachlicher Grund gemäß § 139 Abs 2 Z 3 BVergG vorliegen, der den Auftraggeber zum Widerruf berechtige. An die Bestimmung des § 139 BVergG sei kein strenger Maßstab anzulegen. Nach der Judikatur des EuGH sei der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. In diesem Zusammenhang sei auch auf § 19 Abs 4 BVergG zu verweisen, welcher normiere, dass der Auftraggeber nicht verpflichtet sei, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei die Widerrufsentscheidung nicht nach freiem Ermessen getroffen worden, sondern innerhalb der gesetzlichen Grenzen und Vorgaben. Ein Widerruf sei auch dann zulässig, wenn die Gründe hierfür dem Auftraggeber bereits bei Beginn der Ausschreibung bekannt sein hätten können. Selbst Fehler des Auftraggebers könnten diesen zum Widerruf berechtigen und unter Umständen sogar verpflichten. In solchen Fallkonstellationen sei der Widerruf nicht rechtswidrig. Tatsächlich sei dem Auftraggeber der Ausschreibungsfehler erst nach Angebotsöffnung aufgefallen. Selbst wenn der Fehler in der Ausschreibung eine Ausschreibung nicht ausgeschlossen oder nicht zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätte, würde jedenfalls ein sachlicher Grund gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG vorliegen, der den Auftraggeber zum Widerruf berechtige. An die Bestimmung des Paragraph 139, BVergG sei kein strenger Maßstab anzulegen. Nach der Judikatur des EuGH sei der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. In diesem Zusammenhang sei auch auf Paragraph 19, Absatz 4, BVergG zu verweisen, welcher normiere, dass der Auftraggeber nicht verpflichtet sei, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei die Widerrufsentscheidung nicht nach freiem Ermessen getroffen worden, sondern innerhalb der gesetzlichen Grenzen und Vorgaben.

Der Antragstellerin fehle es im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren an der Antragslegitimation. Die fachtechnische Prüfung des Angebots der Antragstellerin habe ergeben, dass das von ihr im LV unter OG 01 - 06, Pos. 2100B Z angebotene Produkt UU nicht mit dem angegebenen Leitprodukt XX gleichwertig sei. Im LV sei als Kriterium der Gleichwertigkeit 100%-ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung verlangt gewesen. Das von der Antragstellerin angebotene Produkt sei weder zu Karten noch zu Programmierung kompatibel und entspreche daher nicht den geforderten Kriterien. Der Antragstellerin fehle es im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren an der Antragslegitimation. Die fachtechnische Prüfung des Angebots der Antragstellerin habe ergeben, dass das von ihr im LV unter OG 01 - 06, Pos. 2100B Z angebotene Produkt UU nicht mit dem angegebenen Leitprodukt römisch zwanzig gleichwertig sei. Im LV sei als Kriterium der Gleichwertigkeit 100%-ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung verlangt gewesen. Das von der Antragstellerin angebotene Produkt sei weder zu Karten noch zu Programmierung kompatibel und entspreche daher nicht den geforderten Kriterien.

Pkt. 2 der Angebotsbestimmungen sehe vor, dass, wenn ein vom Bieter angebotenes Erzeugnis dem ausgeschriebenen Leitprodukt nicht gleichwertig sei, das ausgeschriebene Leitprodukt nur dann als angeboten gelte, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt habe. Die Antragstellerin habe kein Begleitschreiben iSd § 106 Abs 7 BVergG abgegeben und erfülle daher deren Angebot nicht die Anforderungen der Ausschreibung. Pkt. 2 der Angebotsbestimmungen sehe vor, dass, wenn ein vom Bieter angebotenes Erzeugnis dem ausgeschriebenen

Leitprodukt nicht gleichwertig sei, das ausgeschriebene Leitprodukt nur dann als angeboten gelte, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt habe. Die Antragstellerin habe kein Begleitschreiben iSd Paragraph 106, Absatz 7, BVergG abgegeben und erfülle daher deren Angebot nicht die Anforderungen der Ausschreibung.

Weiters seien das in der Ausschreibung unter Pos. 2101 Kartenleser (OG 01 bis 07) geforderte Programmieren und Löschen sowie die autonome Berechtigungsentscheidung von mechatronischen Zylindern bei dem angebotenen Produkt der Antragstellerin nicht möglich. Dies ergebe sich aus der Ergänzung zum Prüfbericht des Auftraggebers.

Da es sich bei den beschriebenen Angebotsmängeln um unbehebbar Mängel handle, die keiner Verbesserung zugänglich seien, wäre das Angebot der Antragstellerin zwingend gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Allein aufgrund der Tatsache, dass der Auftraggeber von einem formalen Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin Abstand genommen habe, werde ein auszuschneidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden könne. Da es sich bei den beschriebenen Angebotsmängeln um unbehebbar Mängel handle, die keiner Verbesserung zugänglich seien, wäre das Angebot der Antragstellerin zwingend gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen. Allein aufgrund der Tatsache, dass der Auftraggeber von einem formalen Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin Abstand genommen habe, werde ein auszuschneidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden könne.

Nach ständiger Rechtsprechung komme einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, das jedoch nicht ausgeschieden worden sei, keine Antragslegitimation zu, da das Angebot für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht kommen würde und dem Bieter daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstehen bzw. drohen könne. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag sei daher mangels Schadenseintrittsmöglichkeit iSd § 320 Abs 1 Z 2 BVergG mangels Antragslegitimation zurückzuweisen. Nach ständiger Rechtsprechung komme einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, das jedoch nicht ausgeschieden worden sei, keine Antragslegitimation zu, da das Angebot für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht kommen würde und dem Bieter daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstehen bzw. drohen könne. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag sei daher mangels Schadenseintrittsmöglichkeit iSd Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 30. September 2010 erstattete die mitbeteiligte Partei B*** eine ergänzende Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass eine mangelhafte, wenn auch bestandsfeste, Ausschreibung widerrufen werden könne. Dem Auftraggeber sei zuzustimmen, dass im gegenständlichen Fall die einzige Möglichkeit, die in sich widersprüchliche Ausschreibung zu sanieren, der Widerruf der Ausschreibung sei. Nach Ende der Angebotsfrist komme eine Berichtigung der Ausschreibung nicht mehr in Betracht. Im Übrigen sei es für die Zulässigkeit eines Widerrufs nur erforderlich, dass dieser für einen besonnenen Auftraggeber in der konkreten Situation eine sinnvolle Handlungsalternative und ein taugliches Mittel zur Problembewältigung darstelle. Daran sei jedenfalls kein strenger Maßstab anzulegen. Nach der Rechtsprechung sei die Zulässigkeit des Widerrufs nicht auf jene Fälle beschränkt, in denen der Widerruf das gelindeste Mittel darstelle.

Der Widerspruch der Ausschreibung liege darin, dass in der Ausschreibung einerseits VdS- Klasse C gefordert werde, andererseits aber als Leitprodukt das nicht der VdS- Klasse C entsprechende Produkt XX ausgeschrieben worden sei. Dieser Widerspruch könne nicht aufgelöst werden und führe dazu, dass für potentielle Bieter die Leistungsanforderungen nicht eindeutig erkennbar seien, sodass die Leistungsanforderungen in der Ausschreibung nicht eindeutig beschrieben seien. Der Widerspruch der Ausschreibung liege darin, dass in der Ausschreibung einerseits VdS- Klasse C gefordert werde, andererseits aber als Leitprodukt das nicht der VdS- Klasse C entsprechende Produkt römisch zwanzig ausgeschrieben worden sei. Dieser Widerspruch könne nicht aufgelöst werden und führe dazu, dass für potentielle Bieter die Leistungsanforderungen nicht eindeutig erkennbar seien, sodass die Leistungsanforderungen in der Ausschreibung nicht eindeutig beschrieben seien.

Für die Zulässigkeit eines Widerrufs iSd § 139 Abs 2 Z 3 BVergG sei es weiters unerheblich, zu welchem Zeitpunkt die Umstände, die zum Widerruf führen würden, entstanden seien. Auch ein Umstand, der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens schon bestanden habe, könne einen sachlichen Grund für einen Widerruf darstellen. Für die Zulässigkeit eines Widerrufs iSd Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG sei es weiters unerheblich, zu welchem

Zeitpunkt die Umstände, die zum Widerruf führen würden, entstanden seien. Auch ein Umstand, der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens schon bestanden habe, könne einen sachlichen Grund für einen Widerruf darstellen.

Wie der Auftraggeber zutreffend ausführe, wäre das Angebot der Antragstellerin mangels Gleichwertigkeit des von ihr angebotenen Produktes auszuschneiden gewesen. Nach ständiger Judikatur komme ihr somit keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zu. Der Nachprüfungsantrag wäre somit zurückzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 1. Oktober 2010 erstattete die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass weder ein zwingender noch ein fakultativer Widerrufsgrund iSd § 139 BVergG vorliegen würde. In der Ausschreibung liege kein unauflösbarer Widerspruch vor, weshalb die Leistungen so eindeutig, vollständig und neutral beschrieben worden seien, wie dies in § 96 Abs 1 BVergG gefordert sei. Daraus folge, dass auch für den Auftraggeber die Vergleichbarkeit der Angebote gegeben gewesen sei und eine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung möglich gewesen wäre. Mit Schriftsatz vom 1. Oktober 2010 erstattete die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass weder ein zwingender noch ein fakultativer Widerrufsgrund iSd Paragraph 139, BVergG vorliegen würde. In der Ausschreibung liege kein unauflösbarer Widerspruch vor, weshalb die Leistungen so eindeutig, vollständig und neutral beschrieben worden seien, wie dies in Paragraph 96, Absatz eins, BVergG gefordert sei. Daraus folge, dass auch für den Auftraggeber die Vergleichbarkeit der Angebote gegeben gewesen sei und eine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung möglich gewesen wäre.

Ein Auftraggeber dürfe das Widerrufsrecht iSd § 139 Abs 2 Z 2 BVergG zwar im Rahmen des eingeräumten Ermessensspielraums ausüben, dies jedoch nur im Rahmen von sachlich gerechtfertigten Gründen. Der mit der Ausschreibung angestrebte Wettbewerb habe gegenständlich stattgefunden und sei es dem Auftraggeber möglich gewesen, die gelegten Angebote objektiv zu vergleichen und das beste bzw. günstigste Angebot auszuwählen. Ein Auftraggeber dürfe das Widerrufsrecht iSd Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zwar im Rahmen des eingeräumten Ermessensspielraums ausüben, dies jedoch nur im Rahmen von sachlich gerechtfertigten Gründen. Der mit der Ausschreibung angestrebte Wettbewerb habe gegenständlich stattgefunden und sei es dem Auftraggeber möglich gewesen, die gelegten Angebote objektiv zu vergleichen und das beste bzw. günstigste Angebot auszuwählen.

Das Angebot der Antragstellerin entspreche der bestandfesten Ausschreibung und sei sie zu Recht als Bestbieterin ermittelt worden. Der Antragstellerin komme jedenfalls Antragslegitimation zu.

Mit Schriftsatz vom 5. Oktober 2010 erstattete die mitbeteiligte Partei B*** eine weitere Stellungnahme. Die Antragstellerin sei auf ihr eigenes Vorbringen zu verweisen, wonach Offline-Zutrittskontrollsysteme, wie das angeführten Leitprodukt XX, generell nicht nach VdS- Klasse C anerkannt würden. Dies bedeute jedoch nach dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die Ausschreibung an einem unbehebbaen Mangel leide. Die Kriterien der Ausschreibung könnten von keinem Produkt erfüllt werden und könne die Ausschreibung daher niemals zu einem Zuschlag führen. Der Widerruf der Ausschreibung sei bereits aus diesem Grunde gerechtfertigt. Mit Schriftsatz vom 5. Oktober 2010 erstattete die mitbeteiligte Partei B*** eine weitere Stellungnahme. Die Antragstellerin sei auf ihr eigenes Vorbringen zu verweisen, wonach Offline-Zutrittskontrollsysteme, wie das angeführten Leitprodukt römisch zwanzig, generell nicht nach VdS- Klasse C anerkannt würden. Dies bedeute jedoch nach dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die Ausschreibung an einem unbehebbaen Mangel leide. Die Kriterien der Ausschreibung könnten von keinem Produkt erfüllt werden und könne die Ausschreibung daher niemals zu einem Zuschlag führen. Der Widerruf der Ausschreibung sei bereits aus diesem Grunde gerechtfertigt.

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin entspreche deren Angebot mangels Gleichwertigkeit des angebotenen Produkts zum Leitprodukt nicht der Ausschreibung und sei daher auszuschneiden. Der Auftraggeber habe bereits im Verfahren zu N/0068-BVA/09/2010 ausgeführt, dass das von der nunmehrigen Antragstellerin in der Bieterlücke angeführte Produkt nicht mit dem beispielhaft angeführten Produkt XX gleichwertig sei. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin entspreche deren Angebot mangels Gleichwertigkeit des angebotenen Produkts zum Leitprodukt nicht der Ausschreibung und sei daher auszuschneiden. Der Auftraggeber habe bereits im Verfahren zu N/0068-BVA/09/2010 ausgeführt, dass das von der nunmehrigen Antragstellerin in der Bieterlücke angeführte Produkt nicht mit dem beispielhaft angeführten Produkt römisch zwanzig gleichwertig sei.

Der Auftraggeber habe seine Zuschlagsentscheidung im Verfahren zu GZ N/0068-BVA/09/2010 (rechtsirrig) damit begründet, dass von der nunmehrigen Antragstellerin - mangels Gleichwertigkeit des von ihr in der Bieterlücke

angebotenen Produktes - das Leitprodukt XX angeboten worden sei. Diese Auffassung verstoße jedoch sowohl gegen § 106 Abs 7 BVergG als auch gegen Pkt. 2 letzter Satz der Angebotsbedingungen. Nach dieser Bestimmung gelte, falls das in die Bieterlücke eingesetzte Produkt nach sachverständiger Prüfung nicht gleichwertig sei, das Leitprodukt nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt habe. Nach dem Kenntnisstand der mitbeteiligten Partei habe die nunmehrige Antragstellerin eine solche Erklärung nicht abgegeben. Daher sei von der nunmehrigen Antragstellerin das Leitprodukt nicht angeboten worden. Der Auftraggeber habe seine Zuschlagsentscheidung im Verfahren zu GZ N/0068-BVA/09/2010 (rechtsirrig) damit begründet, dass von der nunmehrigen Antragstellerin - mangels Gleichwertigkeit des von ihr in der Bieterlücke angebotenen Produktes - das Leitprodukt römisch zwanzig angeboten worden sei. Diese Auffassung verstoße jedoch sowohl gegen Paragraph 106, Absatz 7, BVergG als auch gegen Pkt. 2 letzter Satz der Angebotsbedingungen. Nach dieser Bestimmung gelte, falls das in die Bieterlücke eingesetzte Produkt nach sachverständiger Prüfung nicht gleichwertig sei, das Leitprodukt nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt habe. Nach dem Kenntnisstand der mitbeteiligten Partei habe die nunmehrige Antragstellerin eine solche Erklärung nicht abgegeben. Daher sei von der nunmehrigen Antragstellerin das Leitprodukt nicht angeboten worden.

Am 11. Oktober 2010 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Der Auftraggeber (M***, BIG) brachte vor, dass im Zuge des von der B*** angestrebten Nachprüfungsverfahrens zu GZ N/0068-BVA/09/2010 die BIG das Militärische Immobilien Management Zentrum (MIMZ) um Aufklärung hinsichtlich der Positionen 2100B Z ff in den OG 01 bis 07 sowie um Prüfung des Angebotes der A*** ersucht habe. Die (erneute) Angebotsprüfung habe einerseits ergeben, dass das von der Antragstellerin angebotene Produkt UU zum ausgeschriebenen Leitprodukt XX nicht gleichwertig sei und andererseits, dass die Ausschreibung keine Bestbieterermittlung zulasse. Am 11. Oktober 2010 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Der Auftraggeber (M***, BIG) brachte vor, dass im Zuge des von der B*** angestrebten Nachprüfungsverfahrens zu GZ N/0068-BVA/09/2010 die BIG das Militärische Immobilien Management Zentrum (MIMZ) um Aufklärung hinsichtlich der Positionen 2100B Z ff in den OG 01 bis 07 sowie um Prüfung des Angebotes der A*** ersucht habe. Die (erneute) Angebotsprüfung habe einerseits ergeben, dass das von der Antragstellerin angebotene Produkt UU zum ausgeschriebenen Leitprodukt römisch zwanzig nicht gleichwertig sei und andererseits, dass die Ausschreibung keine Bestbieterermittlung zulasse.

O*** (MIMZ) erklärte über Befragen, dass im Zuge des anhängig gemachten Nachprüfungsverfahrens durch die B*** das Angebot der Antragstellerin erneut einer fachtechnischen Prüfung unterzogen worden sei (12.8.2010). Dabei sei die MIMZ zu dem Ergebnis gelangt, dass das von der Antragstellerin angebotene Produkt nicht mit der Software KEM V 3.2.1 bzw. EXOS sowie dem Programmierer 1364 betrieben werden könne. Das Ergebnis sei gewesen, dass eine 100%-ige Kompatibilität des von der Antragstellerin angebotenen Produktes mit dem Leitprodukt nicht gegeben sei. Die ergänzende fachtechnische Prüfung vom 23.9.2010 sei eine Ergänzung bzw. Präzisierung der fachtechnischen Prüfung vom 12.8.2010. O*** (MIMZ) erklärte über Befragen, dass im Zuge des anhängig gemachten Nachprüfungsverfahrens durch die B*** das Angebot der Antragstellerin erneut einer fachtechnischen Prüfung unterzogen worden sei (12.8.2010). Dabei sei die MIMZ zu dem Ergebnis gelangt, dass das von der Antragstellerin angebotene Produkt nicht mit der Software KEM römisch fünf 3.2.1 bzw. EXOS sowie dem Programmierer 1364 betrieben werden könne. Das Ergebnis sei gewesen, dass eine 100%-ige Kompatibilität des von der Antragstellerin angebotenen Produktes mit dem Leitprodukt nicht gegeben sei. Die ergänzende fachtechnische Prüfung vom 23.9.2010 sei eine Ergänzung bzw. Präzisierung der fachtechnischen Prüfung vom 12.8.2010.

Über Befragen erklärte M***, dass im Lichte der Ergebnisse der fachtechnischen Prüfungen das Angebot der Antragstellerin als nicht ausschreibungskonform zu bewerten sei und daher für einen Zuschlag nicht in Betracht komme. Dies bedeute, dass das Angebot der Antragstellerin an und für sich auszuschneiden gewesen wäre. Formal ausgeschieden worden sei das Angebot der Antragstellerin deshalb nicht, da der Auftraggeber zu dem Ergebnis gelangt sei, dass aufgrund des bestehenden LV eine Bestbieterermittlung nicht möglich und die Ausschreibung daher zu widerrufen sei.

O*** erklärte über Befragen, dass die MIMZ im Zuge der fachtechnischen Prüfungen keine Prüfzeugnisse akkreditierter Prüf- oder Überwachungsstellen verwendet habe. Solche Prüfzeugnisse seien von der Antragstellerin nicht angefordert worden.

Über Befragen erklärten M***, O*** und P*** (Antragstellerin) übereinstimmend, dass das ausgeschriebene Leitprodukt XX die VdS- Klasse B und nicht die VdS- Klasse C erfülle. Über Befragen erklärten M***, O*** und P***

(Antragstellerin) übereinstimmend, dass das ausgeschriebene Leitprodukt römisch zwanzig die VdS- Klasse B und nicht die VdS- Klasse C erfülle.

Über Befragen erklärte O***, dass das Produkt XX mit der Software KEM V3.2.1 programmiert werde bzw. mit der Software EXOS betrieben werde. Seines Wissens nach sei es ausgeschlossen, dass das Produkt XX auch mit einer anderen Software programmiert bzw. betrieben werden könnte. Dies treffe auch auf den Einsatz des Programmers 1364 zu. Über Befragen erklärte O***, dass das Produkt römisch zwanzig mit der Software KEM V3.2.1 programmiert werde bzw. mit der Software EXOS betrieben werde. Seines Wissens nach sei es ausgeschlossen, dass das Produkt römisch zwanzig auch mit einer anderen Software programmiert bzw. betrieben werden könnte. Dies treffe auch auf den Einsatz des Programmers 1364 zu.

O*** erläuterte weiters, dass eine Integration des Schließ- und Sicherheitssystems in das bestehende Schließ- und Sicherheitssystem des Bundesheeres zwingend erforderlich sei, da damit bei einer Truppenverlegung Zutrittsberechtigungen bereits im Vorhinein programmierbar seien.

Über Befragen, worin konkret der Fehler, welcher zum Widerruf der Ausschreibung führen solle, bestehe, erklärte O***, dass der Fehler in der Nennung der VdS-Klasse C - und nicht in der Nennung des Leitproduktes XX - gelegen sei. Vom Ausschreibungsfehler betroffen seien die LG 21 in jedem der sieben Bauteile, dort insbesondere die Pos 2100 und vor allem Pos 2100B Z. Auch die Pos 2120 (Zylinder) sei davon betroffen. Das ausgeschriebene Leitprodukt erfülle die VdS-Klasse B und nicht die VdS-Klasse C. Dies ergebe sich auch aus einer Auskunft der "VdS", die der Auftraggeber im Zuge des Nachprüfungsverfahrens eingeholt habe. Demnach gebe es derzeit anerkannte Zutrittssysteme der VdS-Klasse B nur für Offline-Systeme. Wäre dem Auftraggeber bereits innerhalb der Angebotsfrist der Ausschreibungsfehler aufgefallen, hätte eine Berichtigung im Sinne der VdS-Klasse B stattgefunden. Durch den Fehler sei es unmöglich, einen Bestbieter zu ermitteln. Über Befragen, worin konkret der Fehler, welcher zum Widerruf der Ausschreibung führen solle, bestehe, erklärte O***, dass der Fehler in der Nennung der VdS-Klasse C - und nicht in der Nennung des Leitproduktes römisch zwanzig - gelegen sei. Vom Ausschreibungsfehler betroffen seien die LG 21 in jedem der sieben Bauteile, dort insbesondere die Pos 2100 und vor allem Pos 2100B Z. Auch die Pos 2120 (Zylinder) sei davon betroffen. Das ausgeschriebene Leitprodukt erfülle die VdS-Klasse B und nicht die VdS-Klasse C. Dies ergebe sich auch aus einer Auskunft der "VdS", die der Auftraggeber im Zuge des Nachprüfungsverfahrens eingeholt habe. Demnach gebe es derzeit anerkannte Zutrittssysteme der VdS-Klasse B nur für Offline-Systeme. Wäre dem Auftraggeber bereits innerhalb der Angebotsfrist der Ausschreibungsfehler aufgefallen, hätte eine Berichtigung im Sinne der VdS-Klasse B stattgefunden. Durch den Fehler sei es unmöglich, einen Bestbieter zu ermitteln.

Die Antragstellerin (P***) erklärte, dass die Ausschreibung keinerlei Hinweis darauf enthalten habe, dass mechatronische Zylinder in den Bestand des Bundesheeres integriert werden müssten.

Über Befragen gab P*** an, dass ihm der Ausschreibungswiderspruch zwischen der geforderten VdS-Klasse C und dem ausgeschriebenen Leitprodukt XX von Beginn an bewusst gewesen sei. Einspruch gegen die Ausschreibung habe die Antragstellerin keinen erhoben, da das von ihr angebotene Produkt (die Hardware) - unter bestimmten baulichen Voraussetzungen durch den Auftraggeber - auch die VdS-Klasse C erfüllen würde. Dies betreffe jedoch nur die Hardware und nicht die Programmierung. Über Befragen gab P*** an, dass ihm der Ausschreibungswiderspruch zwischen der geforderten VdS-Klasse C und dem ausgeschriebenen Leitprodukt römisch zwanzig von Beginn an bewusst gewesen sei. Einspruch gegen die Ausschreibung habe die Antragstellerin keinen erhoben, da das von ihr angebotene Produkt (die Hardware) - unter bestimmten baulichen Voraussetzungen durch den Auftraggeber - auch die VdS-Klasse C erfüllen würde. Dies betreffe jedoch nur die Hardware und nicht die Programmierung.

Nach Ansicht der Antragstellerin sei das von ihr angebotene Produkt UU mit dem ausgeschriebenen Leitprodukt XX gleichwertig. Den vom Leitprodukt vorgegebenen Standard erfülle das von der Antragstellerin angebotene Produkt UU dem Grunde nach. Wenn in der Ausschreibung als Kriterium der Gleichwertigkeit die 100%- ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung gefordert sei, so sei nach Ansicht der Antragstellerin nicht klar ersichtlich, ob hier die Kompatibilität zum ausgeschriebenen Leitprodukt oder aber zum bisher beim Bundesheer bestehenden System gemeint gewesen sei. Nach Ansicht der Antragstellerin sei das von ihr angebotene Produkt UU mit dem ausgeschriebenen Leitprodukt römisch zwanzig gleichwertig. Den vom Leitprodukt vorgegebenen Standard erfülle das von der Antragstellerin angebotene Produkt UU dem Grunde nach. Wenn in der Ausschreibung als Kriterium der

Gleichwertigkeit die 100%- ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung gefordert sei, so sei nach Ansicht der Antragstellerin nicht klar ersichtlich, ob hier die Kompatibilität zum ausgeschriebenen Leitprodukt oder aber zum bisher beim Bundesheer bestehenden System gemeint gewesen sei.

Über Befragen des Vorsitzenden, ob das von der Antragstellerin angebotene Produkt UU eine 100%-ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung mit dem ausgeschriebenen Leitprodukt XX aufweise, wird dies von P*** verneint. Prüfzeugnisse akkreditierter Prüfanstalten hinsichtlich der 100%-igen Kompatibilität des Produktes UU zum Leitprodukt hätten auch auf Verlangen des Auftraggebers nicht vorgelegt werden können, da eine solche 100%-ige Kompatibilität nicht gegeben sei. Es sei festzuhalten, dass aufgrund der vorliegenden Ausschreibungsbedingungen nur ein Produkt der Fa. B*** ausschreibungskonform hätte angeboten werden können. Über Befragen des Vorsitzenden, ob das von der Antragstellerin angebotene Produkt UU eine 100%-ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung mit dem ausgeschriebenen Leitprodukt römisch zwanzig aufweise, wird dies von P*** verneint. Prüfzeugnisse akkreditierter Prüfanstalten hinsichtlich der 100%-igen Kompatibilität des Produktes UU zum Leitprodukt hätten auch auf Verlangen des Auftraggebers nicht vorgelegt werden können, da eine solche 100%-ige Kompatibilität nicht gegeben sei. Es sei festzuhalten, dass aufgrund der vorliegenden Ausschreibungsbedingungen nur ein Produkt der Fa. B*** ausschreibungskonform hätte angeboten werden können.

Über Befragen erklärte P*** weiters, dass mit der Software, mit der das Produkt UU programmiert bzw. betrieben werde, das ausgeschriebene Leitprodukt nicht programmiert bzw. betrieben werden könne. Es sei auch so, dass das Produkt UU nicht mit der Software, die B*** verwende, programmierbar bzw. betreibbar sei.

Über Befragen erklärt RA R***, dass die Antragstellerin ihrer Ansicht zu Recht als Bestbieterin ermittelt worden sei und dass ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot gelegt worden sei. Die Antragstellerin habe ihrem Angebot kein Begleitschreiben des Inhaltes beigelegt, dass im Falle der Nichtgleichwertigkeit des von ihr angebotenen Produktes das Leitprodukt als angeboten gelte.

Aufgrund der Vorbringen der Parteien, der Unterlagen des Vergabeverfahrens und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 11. Oktober 2010, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Die gegenständliche Vergabe wurde im November 2009 im Amtlichen Lieferungsanzeiger und im Amtsblatt der EG (ZI 2009/S 228- 327430) bekannt gemacht. Bei der ausgeschriebenen Leistung "Sicherheitstechnik" handelt es sich um ein Los eines Gesamtbauvorhabens.

Die Angebotsöffnung fand am 18.1.2010, 11.00 Uhr, statt. Es sind insgesamt 9 Angebote eingelangt. Das Angebot der A*** (Anm: Antragstellerin zu GZ N/0078-BVA/09/2010) wies einen Angebotspreis ohne Ust. in Höhe von Euro XXXX auf. Der Angebotspreis der B*** (nunmehrige mitbeteiligte Partei, Antragstellerin zu GZ N/0068-BVA/09/2010) betrug ohne Ust. EuroDie Angebotsöffnung fand am 18.1.2010, 11.00 Uhr, statt. Es sind insgesamt 9 Angebote eingelangt. Das Angebot der A*** Anmerkung, Antragstellerin zu GZ N/0078-BVA/09/2010) wies einen Angebotspreis ohne Ust. in Höhe von Euro römisch 40 auf. Der Angebotspreis der B*** (nunmehrige mitbeteiligte Partei, Antragstellerin zu GZ N/0068-BVA/09/2010) betrug ohne Ust. Euro

XXXX.römisch 40 .

Die Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern per Telefax vom 28.7.2010 übermittelt. Die Zuschlagsentscheidung wurde von der B*** bekämpft. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 17.8.2010, GZ N/0068-BVA/09/2010-EV15, wurde dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu GZ N/0068- BVA/09/2010 untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Das Nachprüfungsverfahren zu N/0068-BVA/09/2010 ist noch nicht beendet.

Die Ausschreibung, OG 01 - OG 07, LG 21 Sicherheitstechnik (Überwachungsanlagen), LG 21 Z, lautet:

Zutrittskontrollanlage VdS- Anerkennung gemäß Klasse C

Pos 2100B Z lautet:

Erzeugnis/Type zu 21.21 Beispiel AG

betrifft Position(en): ULG 21

Beispielhaftes Erzeugnis/Type: XXBeispielhaftes Erzeugnis/Type: römisch zwanzig

Angeboten ist das beispielhafte oder ein Erzeugnis/Type gleichwertiger Art. Angeboten ist das beispielhafte oder ein Erzeugnis/Type gleichwertiger "Art".

Kriterien der Gleichwertigkeit: 100%-ige Kompatibilität zu

Karten und Programmierung

Angeboten: [BL01]

BL01: _____

Pos 2101Z: Kartenleser lautet:

[.....]

Die Programmierung und Löschung, also auch die autonome Berechtigungsentscheidung ist gleich dem mechatronischen Zylinder.[.....].

Ausgeschrieben ist das Leitprodukt XX oder gleichwertiger Art. Das Leitprodukt XX erfüllt die VdS-Klasse B (vgl die diesbezüglichen übereinstimmenden Angaben der Verfahrensparteien; VH-Schrift OZ 28, Seite 6). Ausgeschrieben ist das Leitprodukt römisch zwanzig oder gleichwertiger "Art". Das Leitprodukt römisch zwanzig erfüllt die VdS-Klasse B vergleiche die diesbezüglichen übereinstimmenden Angaben der Verfahrensparteien; VH-Schrift OZ 28, Seite 6).

Die Antragstellerin hat in Pos 2100B Z in der Bieterlücke das Produkt UU angeboten.

Das Leitprodukt XX wird mit der Software KEM V3.2.1 bzw EXOS programmiert bzw betrieben sowie mit der Hardware Programmer 1364 (vgl die unwidersprochen gebliebenen Angaben des O*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 28, Seite 5 sowie den fachtechnischen Prüfbericht vom 12.8.2010). XX kann nicht mit einer anderen Soft- bzw Hardware programmiert bzw betrieben werden. Das von der Antragstellerin angebotene Produkt UU kann mit der oben genannten Software, die von XX verwendet wird, nicht programmiert werden. Umgekehrt kann mit der Software, mit der das Produkt UU programmiert bzw betrieben wird, das ausgeschriebene Produkt XX nicht programmiert bzw betreiben werden (vgl die diesbezüglichen Angaben des P*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 28, Seit 7). Das Leitprodukt römisch zwanzig wird mit der Software KEM V3.2.1 bzw EXOS programmiert bzw betrieben sowie mit der Hardware Programmer 1364 vergleiche die unwidersprochen gebliebenen Angaben des O*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 28, Seite 5 sowie den fachtechnischen Prüfbericht vom 12.8.2010). römisch zwanzig kann nicht mit einer anderen Soft- bzw Hardware programmiert bzw betrieben werden. Das von der Antragstellerin angebotene Produkt UU kann mit der oben genannten Software, die von römisch zwanzig verwendet wird, nicht programmiert werden. Umgekehrt kann mit der Software, mit der das Produkt UU programmiert bzw betrieben wird, das ausgeschriebene Produkt römisch zwanzig nicht programmiert bzw betreiben werden vergleiche die diesbezüglichen Angaben des P*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 28, Seit 7).

Pkt. 6 des Angebotsschreibens (Vertragsbestandteile) lautet auszugsweise:

Als Vertragsbestandteile gelten in nachstehender Reihenfolge:

1. a) Litera a
die schriftliche Vereinbarung durch die der Vertrag zustande gekommen ist (das Auftragsschreiben und gegebenenfalls der Gegenbrief ohne Vorbehalte);
2. b) Litera b
die Angebotsbestimmungen des Einladungsschreibens zur Angebotsabgabe und das gegenständliche Angebotsschreiben (ohne Beilagen);

[.....]

1. f) Litera f
die Beilagen zum Angebotsschreiben, wobei innerhalb dieser Beilagen bei allfälligen Widersprüchen die in Pkt. 18 normierte Reihenfolge bzw. Rangordnung gilt;

[.....];

Die erwähnten Vertragsbestandteile gelten in der vorangeführten Reihenfolge. Bei Widersprüchen gilt der jeweils vorgeordnete Vertragsbestandteil. Abänderungen und Ergänzungen der Vertragsbestandteile gelten nur, wenn dieselben von beiden Seiten schriftlich und rechtsgültig bestätigt werden.

Pkt. 2 der Angebotsbestimmungen lautet:

Die im Leistungsverzeichnis namentlich angeführten bestimmten Erzeugnisse (Referenzfabrikate und Typen) sollen, über die Leistungsbeschreibung hinausgehend, den gewünschten Standard festlegen. Sofern der Positionstext "oder gleichwertiger Art" enthält, kann der Bieter ein Fabrikat und Type seiner Wahl einsetzen. Der Bieter hat durch Prüfzeugnisse anerkannter Prüf- und Eichlaboratorien sowie Inspektions- und Zertifizierungsstellen iSd BVergG die Gleichwertigkeit vollständig nachzuweisen. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt gemäß § 106 Abs 7 BVergG 2006 das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat. Die im Leistungsverzeichnis namentlich angeführten bestimmten Erzeugnisse (Referenzfabrikate und Typen) sollen, über die Leistungsbeschreibung hinausgehend, den gewünschten Standard festlegen. Sofern der Positionstext "oder gleichwertiger Art" enthält, kann der Bieter ein Fabrikat und Type seiner Wahl einsetzen. Der Bieter hat durch Prüfzeugnisse anerkannter Prüf- und Eichlaboratorien sowie Inspektions- und Zertifizierungsstellen iSd BVergG die Gleichwertigkeit vollständig nachzuweisen. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt gemäß Paragraph 106, Absatz 7, BVergG 2006 das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.

Ein Begleitschreiben des Inhalts, dass - falls das in der Bieterlücke angebotene Produkt dem ausgeschriebenen Leitprodukt nicht gleichwertig sein sollte - das Leitprodukt als angeboten gilt, lag dem Angebot der Antragstellerin nicht bei (siehe Vergabeunterlagen; Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 28, Seite 7).

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens zu GZ N/0068-BVA/09/2010 hat der Auftraggeber das Militärische Immobilien Management Zentrum (MIMZ) ersucht, das Angebot der Antragstellerin fachtechnisch zu prüfen (vgl Angaben M*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 28, Seite 4). Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens zu GZ N/0068-BVA/09/2010 hat der Auftraggeber das Militärische Immobilien Management Zentrum (MIMZ) ersucht, das Angebot der Antragstellerin fachtechnisch zu prüfen vergleiche Angaben M*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 28, Seite 4).

Das Prüfergebnis wurde seitens des MIMZ mit E-Mail des O*** vom 12.8.2010 der BIG mitgeteilt:

Durch die A*** wurde das Fabrikat: "UU" angeboten. Die seinerzeitige fachtechnische Prüfung ging vermutlich irrtümlich (Aktenkonvolut im Umfang von ca. 200 Seiten) von der Tatsache aus, dass durch die A*** das Leitprodukt XX (Positionen: 2100B Z ff) angeboten wurde. Durch die A*** wurde das Fabrikat: "UU" angeboten. Die seinerzeitige fachtechnische Prüfung ging vermutlich irrtümlich (Aktenkonvolut im Umfang von ca. 200 Seiten) von der Tatsache aus, dass durch die A*** das Leitprodukt römisch zwanzig (Positionen: 2100B Z ff) angeboten wurde.

Zum Betrieb des Leitproduktes (XX, Digitalzylinder,) wird die Software KEM V3.2.1 bzw. EXOS und der Programmierer 1364 benötigt. Das angebotene Produkt "UU" kann jedoch mit dieser Soft- bzw. Hardware nicht programmiert werden. Zum Betrieb des Leitproduktes (römisch zwanzig, Digitalzylinder,) wird die Software KEM V3.2.1 bzw. EXOS und der Programmierer 1364 benötigt. Das angebotene Produkt "UU" kann jedoch mit dieser Soft- bzw. Hardware nicht programmiert werden.

Daher wird seitens dieser Kommission festgestellt, dass eine 100%-ige Kompatibilität zum Programmieren des Leitproduktes nicht gegeben ist und somit aus Sicht der Kommission der Einwand der B*** als gerechtfertigt erscheint.

Die Ergänzung und Präzisierung zur fachtechnischen Prüfung des MIMZ vom 23.9.2010 hat folgenden Inhalt:

Nach der am 12.08.2010 erfolgten neuerlichen fachtechnischen Prüfung des Angebotes der

FIRMA A***

durch die Herren:

S*** - ARWT/Et;

T*** - ARWT/Et;

U*** - MIMZ/BauGT;

O*** - MIMZ/BauGT

wurde wie folgt festgestellt:

Als Leitprodukt ist im LV das Fabrikat XX (Pos.:2100B Z) angegeben. Durch die Firma A*** wurde jedoch das Fabrikat:Als Leitprodukt ist im LV das Fabrikat römisch zwanzig (Pos.:2100B Z) angegeben. Durch die Firma A*** wurde jedoch das Fabrikat:

"UU"

angeboten.

1. 1)Ziffer eins

Position: 2100B Z betrifft OG 01 bis 07

1. a)Litera a

Das von der Firma A*** angebotene Fabrikat UU funktioniert auf Basis einer aktiven Transpondertechnologie. Das bedeutet, dass im Transponder auf Knopfdruck Signale auf einer Frequenz von 25kHz erzeugt und an einen Empfänger übermittelt werden. Diese aktive Funktechnologie ist nicht mit der im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen und beispielhaft angeführten RFID-Technologie des Produktes XX direkt kompatibel. Das bedeutet, dass für die Bedienung der UU Aktuatoren (digitale Zylinder, Leser, etc) immer nur UU Transponder verwendet werden können.Das von der Firma A*** angebotene Fabrikat UU funktioniert auf Basis einer aktiven Transpondertechnologie. Das bedeutet, dass im Transponder auf Knopfdruck Signale auf einer Frequenz von 25kHz erzeugt und an einen Empfänger übermittelt werden. Diese aktive Funktechnologie ist nicht mit der im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen und beispielhaft angeführten RFID-Technologie des Produktes römisch zwanzig direkt kompatibel. Das bedeutet, dass für die Bedienung der UU Aktuatoren (digitale Zylinder, Leser, etc) immer nur UU Transponder verwendet werden können.

Es können in den UU Transponder zwar VV zur Bedienung anderer VV-basierter Komponenten eingebracht werden, aber es können keine anderen Legic-Medien, wie beispielsweise VV-Karten, zur Verwendung an UU-Aktuatoren verwendet werden.

Die geforderte 100% Kompatibilität zu Karten des beispielhaften Erzeugnis XX ist daher nicht gegeben, da diese Systeme in keinsten Form kompatibel sind.Die geforderte 100% Kompatibilität zu Karten des beispielhaften Erzeugnis römisch zwanzig ist daher nicht gegeben, da diese Systeme in keinsten Form kompatibel sind.

1. b)Litera b

Für die Programmierung der von der Firma A*** angebotenen UU Aktuatoren und Transponder ist die Verwendung des in a) beschriebenen aktiven UU-Transponderverfahrens erforderlich; die Programmierung selbst kann weiters ausschließlich mit den UU Programmiergeräten erfolgen.

Da die zur Erteilung der Programmierberechtigung erforderlichen Master-Medien ebenfalls auf dem aktiven UU-Transponderverfahren basieren ist die Verwendung von Mastermedien des beispielhaften Erzeugnisses XX nicht möglich. Die Mastermedien der Systeme sind daher nicht kompatibel. Mit den UU Programmiergeräten können ausschließlich UU Aktuatoren und Transponder verwendet werden. Eine Programmierung von Komponenten des beispielhaften Erzeugnis XX ist damit nicht möglich. Ebenso können wie mit den Programmiergeräten von XX keine UU Aktuatoren und Transpondern programmiert werden.Da die zur Erteilung der Programmierberechtigung erforderlichen Master-Medien ebenfalls auf dem aktiven UU-Transponderverfahren basieren ist die Verwendung von Mastermedien des beispielhaften Erzeugnisses römisch zwanzig nicht möglich. Die Mastermedien der Systeme sind daher nicht kompatibel. Mit den UU Programmiergeräten können ausschließlich UU Aktuatoren und Transponder verwendet werden. Eine Programmierung von Komponenten des beispielhaften Erzeugnis römisch zwanzig ist damit nicht möglich. Ebenso können wie mit den Programmiergeräten von römisch zwanzig keine UU Aktuatoren und Transpondern programmiert werden.

Die geforderte 100% Kompatibilität zur Programmierung des beispielhaften Erzeugnis XX ist daher nicht gegeben, da diese Systeme in keinsten Form kompatibel sind.Die geforderte 100% Kompatibilität zur Programmierung des beispielhaften Erzeugnis römisch zwanzig ist daher nicht gegeben, da diese Systeme in keinsten Form kompatibel sind.

1. 2)Ziffer 2

Pos 2101Z Kartenleser betrifft OG 01 bis 07

Das Produktsortiment des von der Firma A*** angebotenen UU verfügt über keinen mechatronischen Schließzylinder, bei dem unabhängig voneinander eine mechanische und eine elektronische Berechtigungsprüfung erfolgt.

Mechatronische Schließzylinder anderer Systeme - wie die des beispielhaften Erzeugnis XX - können aufgrund der unterschiedlich eingesetzten Informationstechnologien nicht mit UUTranspondern und Programmiergeräten bedient und programmiert werden. Mechatronische Schließzylinder anderer Systeme - wie die des beispielhaften Erzeugnis römisch zwanzig - können aufgrund der unterschiedlich eingesetzten Informationstechnologien nicht mit UUTranspondern und Programmiergeräten bedient und programmiert werden.

Das in der Ausschreibung geforderte Programmieren und Löschen sowie die autonome Berechtigungs-Entscheidung von mechatronischen Zylindern (darunter wird ein Zylinder verstanden, bei dem sowohl mechanisch als auch elektronisch die Berechtigung geprüft wird) ist definitiv bei den Produkten von UU nicht erfüllt.

Ergebnis

Das Angebot der

Fa. A***

entspricht daher nicht der Ausschreibung, weshalb das Angebot zwingend auszuschneiden ist.

Prüfzeugnisse einer akkreditierten Prüf- oder Überwachungsstelle wurden vom MIMZ im Zuge der fachtechnischen Prüfung nicht angefordert (vgl. Angaben O*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 28, Seite 5). Prüfzeugnisse einer akkreditierten Prüf- oder Überwachungsstelle wurden vom MIMZ im Zuge der fachtechnischen Prüfung nicht angefordert vergleiche Angaben O*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 28, Seite 5).

Mit Telefax der vergebenden Stelle vom 1. September 2010 wurde die Widerrufsentscheidung bekannt gegeben. Diese hat auszugsweise folgenden Inhalt:

[...]. Es ist beabsichtigt, die Ausschreibung "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne - Sicherheitstechnik" gemäß § 139 BVergG aus folgendem Grund zu widerrufen:[...]. Es ist beabsichtigt, die Ausschreibung "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne - Sicherheitstechnik" gemäß Paragraph 139, BVergG aus folgendem Grund zu widerrufen:

Im Leistungsverzeichnis wird in den OG 01 bis 06 unter LG 21 Z jeweils die VdS-Anerkennung gemäß Klasse C gefordert. Das ausgeschriebene Leitprodukt XX entspricht hingegen der VdS-Klasse B und erfüllt daher nicht die geforderte Klassifizierung. Dies betrifft insbesondere die unter Position 2120 A bis 2120 D angeführten Zylinder. Es liegt insofern ein Widerspruch in der Ausschreibung vor, der gegenwärtig keiner Berichtigung mehr zugänglich ist und kommt daher nur mehr ein Widerruf des Vergabeverfahrens in Betracht. Im Leistungsverzeichnis wird in den OG 01 bis 06 unter LG 21 Z jeweils die VdS-Anerkennung gemäß Klasse C gefordert. Das ausgeschriebene Leitprodukt römisch zwanzig entspricht hingegen der VdS-Klasse B und erfüllt daher nicht die geforderte Klassifizierung. Dies betrifft insbesondere die unter Position 2120 A bis 2120 D angeführten Zylinder. Es liegt insofern ein Widerspruch in der Ausschreibung vor, der gegenwärtig keiner Berichtigung mehr zugänglich ist und kommt daher nur mehr ein Widerruf des Vergabeverfahrens in Betracht.

Die Stillhaltefrist gemäß § 140 BVergG 2006 endet am 15.09.2010 Die Stillhaltefrist gemäß Paragraph 140, BVergG 2006 endet am 15.09.2010.

[.....].

Mit Schriftsatz vom 13. September 2010 beantragte die A*** die Nichtigkeitsklärung der Widerrufsentscheidung und stellte einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Mit Bescheid des BVA vom 20.9.2010, GZ N/0078-BVA/09/2010-EV7, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Widerruf zu erklären.

Rechtliche Würdigung:

I. Anwendbare Rechtslage: römisch eins. Anwendbare Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4.3.2010, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem Kundmachung folgenden Tag, somit am 5.3.2010, in Kraft getreten (siehe § 345 Abs 14 Z 1 BVergG). Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15

aus 2010,, kundgemacht am 4.3.2010, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 5.3.2010, in Kraft getreten (siehe Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVergG).

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw. beim Bundesvergabeamt anhängigen Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw. beim Bundesvergabeamt anhängigen Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, welches vor Inkrafttreten der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 eingeleitet wurde (Anm: die Bekanntmachung erfolgte im November 2009), die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 86/2007 als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim Bundesvergabeamt am 13.9.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) anzuwenden (vgl auch BVA 14.4.2010, N/0029-BVA/14/2010- EV10; 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14; 16.8.2010, N/0064- BVA/08/2010-18EV; 16.8.2010, N/0067-BVA/02/2010-EV6 uva). Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, welches vor Inkrafttreten der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, eingeleitet wurde (Anmerkung, die Bekanntmachung erfolgte im November 2009), die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim Bundesvergabeamt am 13.9.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) anzuwenden vergleiche auch BVA 14.4.2010, N/0029-BVA/14/2010- EV10; 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14; 16.8.2010, N/0064- BVA/08/2010-18EV; 16.8.2010, N/0067-BVA/02/2010-EV6 uva).

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 7.4.2010, N/0012-BVA/12/2010-16; 15.6.2010, N/0038-BVA/10/2010-44; 17.8.2010, N/0068-BVA/09/2010-EV15; 27.9.2010, N/0071- BVA/10/2010-34 uva). Da diese zur Gänze im Bundeseigentum steht, fallen ihre Auftragsvergaben unter Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 7.4.2010, N/0012-BVA/12/2010-16; 15.6.2010, N/0038-BVA/10/2010-44; 17.8.2010, N/0068-BVA/09/2010-EV15; 27.9.2010, N/0071- BVA/10/2010-34 uva). Da diese zur Gänze im Bundeseigentum steht, fallen ihre Auftragsvergaben unter Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG.

Es handelt sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt nach den Informationen des Auftraggebers bei ca Euro XXXX. und somit über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Gewerkes "Sicherheitstechnik" beläuft sich nach den Angaben des Auftraggebers auf Euro XXXX. Auf die gegenständliche Auftragsvergabe sind somit die Bestimmungen für Verfahren im Oberschwellenbereich anzuwenden (vgl § 12 Abs 1 Z 3 iVm § 14 Abs 1 und Abs 3 erster Satz BVergG). Es handelt sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt nach den Informationen des Auftraggebers bei ca Euro römisch 40 . und somit über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Gewerkes "Sicherheitstechnik" beläuft sich nach den Angaben des Auftraggebers auf Euro römisch 40 . Auf die gegenständliche Auftragsvergabe sind somit die Bestimmungen für Verfahren im Oberschwellenbereich anzuwenden vergleiche Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, in Verbindung mit Paragraph 14, Absatz eins und Absatz 3, erster Satz BVergG).

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidung (Widerrufsentscheidung) handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVerfG. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidung (Widerrufsentscheidung) handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVerfG.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVerfG. Eine Widerrufserklärung ist nicht erfolgt. Der Zuschlag wurde nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist zur Nachprüfung zuständig.

III. Zulässigkeit des Antrages (Antragslegitimation der Antragstellerin) römisch drei. Zulässigkeit des Antrages (Antragslegitimation der Antragstellerin):

Die maßgebliche Bestimmung des BVerfG 2006 lautet:

IV. Einleitung des Verfahrens römisch vier. Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Paragraph 320, (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1. Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2. Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Nach der Judikatur des VfGH (24.2.2010, 2006/04/0037) ist die Nachprüfungsbehörde auch im Fall der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Widerrufs verpflichtet, bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei, bei der Beurteilung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder ein solcher zu entstehen droht (und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVerfG zulässig ist), zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (siehe auch ZVB 2010, 332 f, Anm: G. Gruber/Eisner). Nach der Judikatur des VfGH (24.2.2010, 2006/04/0037) ist die Nachprüfungsbehörde auch im Fall der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Widerrufs verpflichtet, bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei, bei der Beurteilung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder ein solcher zu entstehen droht (und sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVerfG zulässig ist), zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (siehe auch ZVB 2010, 332 f, Anmerkung, G. Gruber/Eisner).

Konkret ist vom BVA daher zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin ausschreibungskonform ist und damit grundsätzlich für einen Zuschlag in Betracht gekommen wäre oder ob es mangels Ausschreibungskonformität auszuschneiden gewesen wäre. Falls das Angebot der Antragstellerin nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen sollte, wäre es (vom Auftraggeber) auszuschneiden gewesen und würde es der Antragstellerin in der Folge an der Antragslegitimation zur Bekämpfung der Widerrufsentscheidung mangeln.

Der Auftraggeber und auch die mitbeteiligte Partei haben wiederholt vorgebracht, dass das Angebot der Antragstellerin mangels Gleichwertigkeit des von ihr angebotenen Produktes UU zum ausgeschriebenen Leitprodukt XX ausgeschieden hätte werden müssen (vgl. fachtechnische Prüfberichte vom 12.8.2010 bzw. 23.9.2010; Angaben in der mündlichen Verhandlung). Hinreichend konkrete Einwände "in Richtung Ausschreibungswidrigkeit" des Angebotes der Antragstellerin liegen somit vor. Der Auftraggeber und auch die mitbeteiligte Partei haben wiederholt vorgebracht, dass das Angebot der Antragstellerin mangels Gleichwertigkeit des von ihr angebotenen Produktes UU zum ausgeschriebenen Leitprodukt römisch zwanzig ausgeschieden hätte werden müssen vergleiche fachtechnische Prüfberichte vom 12.8.2010 bzw. 23.9.2010; Angaben in der mündlichen Verhandlung). Hinreichend konkrete Einwände "in Richtung Ausschreibungswidrigkeit" des Angebotes der Antragstellerin liegen somit vor.

Die entscheidungsrelevanten Ausschreibungsbestimmungen lauten wie folgt:

Pos 2100B Z:

Erzeugnis/Type zu 21.21 Beispiel AG

betrifft Position(en): ULG 21

Beispielhaftes Erzeugnis/Type: XXBeispielhaftes Erzeugnis/Type: römisch zwanzig

Angeboten ist das beispielhafte oder ein Erzeugnis/Type gleichwertiger ArtAngeboten ist das beispielhafte oder ein Erzeugnis/Type gleichwertiger "Art".

Kriterien der Gleichwertigkeit: 100%-ige Kompatibilität zu

Karten und Programmierung

Angeboten: [BL01]

BL01: _____

Pkt. 6 des Angebotsschreibens (Vertragsbestandteile) lautet auszugsweise:

Als Vertragsbestandteile gelten in nachstehender Reihenfolge:

1. a)Litera a
die schriftliche Vereinbarung durch die der Vertrag zustande gekommen ist (das Auftragsschreiben und gegebenenfalls der Gegenbrief ohne Vorbehalte);
2. b)Litera b
die Angebotsbestimmungen des Einladungsschreibens zur Angebotsabgabe und das gegenständliche Angebotsschreiben (ohne Beilagen);

[.....]

1. f)Litera f
die Beilagen zum Angebotsschreiben, wobei innerhalb dieser Beilagen bei allfälligen Widersprüchen die in Pkt. 18 normierte Reihenfolge bzw. Rangordnung gilt;

[.....]

Die erwähnten Vertragsbestandteile gelten in der vorangeführten Reihenfolge. Bei Widersprüchen gilt der jeweils vorgeordnete Vertragsbestandteil. Abänderungen und Ergänzungen der Vertragsbestandteile gelten nur, wenn dieselben von beiden Seiten schriftlich und rechtsgültig bestätigt werden.

Pkt. 2 der Angebotsbestimmungen des Einladungsschreibens zur Angebotsabgabe:

Die im Leistungsverzeichnis namentlich angeführten bestimmten Erzeugnisse (Referenzfabrikate und Typen) sollen, über die Leistungsbeschreibung hinausgehend, den gewünschten Standard festlegen. Sofern der Positionstext "oder gleichwertiger Art" enthält, kann der Bieter ein Fabrikat und Type seiner Wahl einsetzen. Der Bieter hat durch Prüfzeugnisse anerkannter Prüf- und Eichlaboratorien sowie Inspektions- und Zertifizierungsstellen iSd BVergG die Gleichwertigkeit vollständig nachzuweisen. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt gemäß § 106 Abs 7 BVergG 2006 das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.Die im Leistungsverzeichnis namentlich angeführten bestimmten Erzeugnisse (Referenzfabrikate und Typen) sollen, über die Leistungsbeschreibung hinausgehend, den gewünschten Standard festlegen. Sofern der Positionstext "oder gleichwertiger Art" enthält, kann der Bieter ein Fabrikat und Type seiner Wahl einsetzen. Der Bieter hat durch Prüfzeugnisse anerkannter Prüf- und Eichlaboratorien sowie Inspektions- und Zertifizierungsstellen iSd BVergG die Gleichwertigkeit vollständig nachzuweisen. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt gemäß Paragraph 106, Absatz 7, BVergG 2006 das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.

Pos 14430 Z (Qualitätsgleichwertigkeit) des Leistungsverzeichnisses lautet:

Sind imLV vom Ausschreiber Erzeugnisse beispielhaft angeführt, so weist der Bieter für angebotene gleichwertige Erzeugnisse auf Verlangen bei Angebotsprüfung die Qualitätsgleichwertigkeit durch Prüfzeugnisse einer akkreditierten Prüf- oder Überwachungsstelle nach, wenn der Ausschreiber die Gleichwertigkeit bezweifelt. Falls der Nachweis der

Qualitätsgleichwertigkeit nicht erbracht wird, werden die im LV vom Ausschreiber namentlich angeführten Erzeugnisse zum Angebotspreis verwendet. [...].

Die Ausschreibung wurde nicht angefochten und ist daher bestandskräftig (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).

Unter Zugrundelegung des für die Ausschreibung heranzuziehenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes (vgl VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) ist das Produkt XX oder ein Erzeugnis/Type gleichwertiger Art anzubieten (OG 01 bis 07, LG 21, Pos 2100B Z). Falls nicht das Leitprodukt XX angeboten wird, muss das in der Bieterlücke angebotene Erzeugnis zu 100% kompatibel zu Karten und Programmierung des ausgeschriebenen Leitproduktes XX sein. Das genannte Gleichwertigkeitskriterium 100%-ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung bezieht sich - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung - unzweifelhaft auf das ausgeschriebene Leitprodukt XX und nicht etwa "zum bisher beim Bundesheer bestehenden System" (vgl Ausführungen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung; VH-Schrift OZ 28, Seite 6). Unter Zugrundelegung des für die Ausschreibung heranzuziehenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) ist das Produkt römisch zwanzig oder ein Erzeugnis/Type gleichwertiger Art anzubieten (OG 01 bis 07, LG 21, Pos 2100B Z). Falls nicht das Leitprodukt römisch zwanzig angeboten wird, muss das in der Bieterlücke angebotene Erzeugnis zu 100% kompatibel zu Karten und Programmierung des ausgeschriebenen Leitproduktes römisch zwanzig sein. Das genannte Gleichwertigkeitskriterium 100%-ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung bezieht sich - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung - unzweifelhaft auf das ausgeschriebene Leitprodukt römisch zwanzig und nicht etwa "zum bisher beim Bundesheer bestehenden System" vergleiche Ausführungen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung; VH-Schrift OZ 28, Seite 6).

Die Antragstellerin hat in den entsprechenden Bieterlücken zu den Pos 2100B Z nicht das ausgeschriebene Leitprodukt XX, sondern das Produkt UU angeboten. Es war sohin zu klären, ob das angebotene Produkt UU eine 100%ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung zum ausgeschriebenen Produkt XX aufweist. Die Antragstellerin hat in den entsprechenden Bieterlücken zu den Pos 2100B Z nicht das ausgeschriebene Leitprodukt römisch zwanzig, sondern das Produkt UU angeboten. Es war sohin zu klären, ob das angebotene Produkt UU eine 100%ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung zum ausgeschriebenen Produkt römisch zwanzig aufweist.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass die Antragstellerin - entgegen ihrem diesbezüglichem Vorbringen in diversen Schriftsätzen - jedenfalls nicht das Leitprodukt XX angeboten hat. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass die Antragstellerin - entgegen ihrem diesbezüglichem Vorbringen in diversen Schriftsätzen - jedenfalls nicht das Leitprodukt römisch zwanzig angeboten hat.

Die Antragstellerin ging rechtsirrig (und wohl gestützt auf Pos 14430 Z des LV bzw auf Punkt 2 der Angebotsbestimmungen des Einladungsschreibens zur Angebotsabgabe) davon aus, dass bei mangelnder Gleichwertigkeit des angebotenen Produktes mit dem Leitprodukt das Leitprodukt als angeboten gelte. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin gilt bei nicht gleichwertigen Erzeugnissen das ausgeschriebene Erzeugnis jedoch nur dann als angeboten, wenn dies in einem Begleitschreiben zum Angebot ausdrücklich erklärt wurde. Der bestandfeste Punkt 2 der Angebotsbestimmungen des Einladungsschreibens zur Angebotsabgabe geht nach Punkt 6 des Angebotsschreibens (Als Vertragsbestandteile gelten in nachstehender Reihenfolge) den Beilagen zum Angebotsschreiben (Pkt 6 lit f; darunter fällt das LV) den Bestimmungen des LV (Pos 14430Z) vor. Dies bedeutet, dass zufolge des Punktes 2 der Angebotsbestimmungen - bei mangelnder Gleichwertigkeit des angebotenen Produktes mit dem Leitprodukt - das ausgeschriebene Leitprodukt nur dann als angeboten gilt, wenn dies in einem Begleitschreiben zum Angebot ausdrücklich erklärt wird. Die Antragstellerin ging rechtsirrig (und wohl gestützt auf Pos 14430 Z des LV bzw auf Punkt 2 der Angebotsbestimmungen des Einladungsschreibens zur Angebotsabgabe) davon aus, dass bei mangelnder Gleichwertigkeit des angebotenen Produktes mit dem Leitprodukt das Leitprodukt als angeboten gelte. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin gilt bei nicht gleichwertigen Erzeugnissen das ausgeschriebene Erzeugnis jedoch nur dann als angeboten, wenn dies in einem Begleitschreiben zum Angebot ausdrücklich erklärt wurde. Der bestandfeste Punkt 2 der Angebotsbestimmungen des Einladungsschreibens zur Angebotsabgabe geht nach Punkt 6 des Angebotsschreibens (Als Vertragsbestandteile gelten in nachstehender Reihenfolge) den Beilagen zum Angebotsschreiben (Pkt 6 Litera f; darunter fällt das LV) den Bestimmungen des LV (Pos 14430Z) vor. Dies bedeutet, dass zufolge des Punktes 2 der Angebotsbestimmungen - bei mangelnder Gleichwertigkeit des angebotenen Produktes mit dem Leitprodukt - das ausgeschriebene Leitprodukt nur dann als angeboten gilt, wenn dies in einem Begleitschreiben zum Angebot ausdrücklich erklärt wird.

Ein Begleitschreiben dieses Inhalts lag dem Angebot der Antragstellerin unzweifelhaft jedoch nicht bei (siehe Vergabeunterlagen; Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 28, Seite 7).

Da die Antragstellerin nach dem Gesagten jedenfalls nicht das Leitprodukt XX angeboten hat, ist in der Folge die Frage der Gleichwertigkeit des von ihr angebotenen Produktes UU zu prüfen. Da die Antragstellerin nach dem Gesagten jedenfalls nicht das Leitprodukt römisch zwanzig angeboten hat, ist in der Folge die Frage der Gleichwertigkeit des von ihr angebotenen Produktes UU zu prüfen.

Prüfmaßstab der Gleichwertigkeit des von der Antragstellerin angebotenen Produktes UU im Verhältnis zum Leitprodukt XX ist die 100%ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung (siehe Pos 2100B Z). Prüfmaßstab der Gleichwertigkeit des von der Antragstellerin angebotenen Produktes UU im Verhältnis zum Leitprodukt römisch zwanzig ist die 100%ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung (siehe Pos 2100B Z).

Die fachtechnischen Gutachten der MIMZ vom 12.8.2010 und vom 23.9.2010 gelangen zu dem Schluss, dass das von der Antragstellerin angebotene Produkt mit der Software KEM V 3.2.1 bzw EXOS und mit der Hardware Programmer 1364 nicht programmiert bzw betrieben werden kann und somit die geforderte 100%ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung nicht gegeben ist (vgl die unwidersprochen geblieben diesbezüglichen Angaben des O*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 28, Seite 4). Nach den weiteren unwidersprochen gebliebenen Ausführungen des O*** in der mündlichen Verhandlung (VH-Schrift OZ 28, Seite 5) kann das Produkt XX nämlich mit keiner anderen Software bzw Hardware programmiert bzw betrieben werden. Auch nach den Angaben der Antragstellerin (P***) in der mündlichen Verhandlung, kann das ausgeschriebene Leitprodukt mit der Software, mit der das von ihr angebotene Produkt UU programmiert bzw betrieben wird, nicht programmiert bzw betrieben werden. Auch kann das Produkt UU nicht mit der Software, welche für das Produkt XX zu verwenden ist, programmiert bzw betrieben werden (vgl VH-Schrift OZ 28, Seite 7). Die fachtechnischen Gutachten der MIMZ vom 12.8.2010 und vom 23.9.2010 gelangen zu dem Schluss, dass das von der Antragstellerin angebotene Produkt mit der Software KEM römisch fünf 3.2.1 bzw EXOS und mit der Hardware Programmer 1364 nicht programmiert bzw betrieben werden kann und somit die geforderte 100%ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung nicht gegeben ist vergleiche die unwidersprochen geblieben

diesbezüglichen Angaben des O*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 28, Seite 4). Nach den weiteren unwidersprochen gebliebenen Ausführungen des O*** in der mündlichen Verhandlung (VH-Schrift OZ 28, Seite 5) kann das Produkt römisch zwanzig nämlich mit keiner anderen Software bzw Hardware programmiert bzw betrieben werden. Auch nach den Angaben der Antragstellerin (P***) in der mündlichen Verhandlung, kann das ausgeschriebene Leitprodukt mit der Software, mit der das von ihr angebotene Produkt UU programmiert bzw betrieben wird, nicht programmiert bzw betrieben werden. Auch kann das Produkt UU nicht mit der Software, welche für das Produkt römisch zwanzig zu verwenden ist, programmiert bzw betrieben werden vergleiche VH-Schrift OZ 28, Seite 7).

Schlussendlich gestand somit auch die Antragstellerin selbst ein, dass das von ihr angebotene Produkt UU keine 100%ige Kompatibilität zu Karten und Programmierung des ausgeschriebenen Leitproduktes aufweist (VH-Schrift OZ 28, Seite 7, erster Absatz).

Mangels Ausschreibungskonformität des Angebotes der Antragstellerin wäre dieses vom Auftraggeber daher auszuschneiden gewesen.

Das Thema "Ausschreibungskonformität" (Gleichwertigkeit des von der Antragstellerin angebotenen Produkts UU zum ausgeschriebenen Leitprodukt XX) war Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Der Antragstellerin wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des "Ausscheidensgrundes" Stellung zu nehmen [vgl EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233; 1.3.2005, 2003/04/0339; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSd § 320 Abs 1 BVergG zu verneinen (vgl VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; 3.1.2005, 2003/04/0039 u.a.; ebenso BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41 u.a.). Dies gilt gemäß dem Erkenntnis des VwGH vom 24.2.2010, 2006/04/0032) auch im Falle der Bekämpfung der Widerrufsentscheidung. Das Thema "Ausschreibungskonformität" (Gleichwertigkeit des von der Antragstellerin angebotenen Produkts UU zum ausgeschriebenen Leitprodukt römisch zwanzig) war Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Der Antragstellerin wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des "Ausscheidensgrundes" Stellung zu nehmen [vgl EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233; 1.3.2005, 2003/04/0339; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zu verneinen vergleiche VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; 3.1.2005, 2003/04/0039 u.a.; ebenso BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41 u.a.). Dies gilt gemäß dem Erkenntnis des VwGH vom 24.2.2010, 2006/04/0032) auch im Falle der Bekämpfung der Widerrufsentscheidung.

V. Beurteilung des Antrages:römisch fünf. Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt I.:Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Die maßgebliche Bestimmung des BVergG 2006 lautet:

Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Paragraph 320, (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Wie oben ausgeführt, hätte das Angebot der Antragstellerin mangels Gleichwertigkeit des von ihr angebotenen Produktes zum ausgeschriebenen Leitprodukt ausgeschieden werden müssen. Allein deshalb, weil der Auftraggeber

vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden des Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; BVA 23.7.2004, 14N-64/03-22; 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41 u.a.). Das Angebot der Antragstellerin wäre somit für eine Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht gekommen, wodurch ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit (anm: der Widerrufsentscheidung) auch kein Schaden iSd § 320 Abs 1 Z 2 BVergG entstehen kann (EuGH 19. 6. Wie oben ausgeführt, hätte das Angebot der Antragstellerin mangels Gleichwertigkeit des von ihr angebotenen Produktes zum ausgeschriebenen Leitprodukt ausgeschieden werden müssen. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden des Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; BVA 23.7.2004, 14N-64/03-22; 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41 u.a.). Das Angebot der Antragstellerin wäre somit für eine Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht gekommen, wodurch ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit (anm: der Widerrufsentscheidung) auch kein Schaden iSd Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG entstehen kann (EuGH 19. 6.

2003, 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, Rn

19; 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]; BVA 19. 4. 2010, N/0008-

BVA/02/2010-30, ZVB-LSK 2010/62 = ZVB-LSK 2010/63 = ZVB-LSK

2010/64 = ZVB-LSK 2010/65 = ZVB-LSK 2010/66). Der

Antragstellerin kommt in der Folge hinsichtlich der

Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung keine

Antragslegitimation zu (st Rspr zB VwGH 28. 5. 2008,

2007/04/0232, 0233, Gaskraftwerk Mellach, bbl 2008/187 = RPA

2008, 142 [Reisner] = ZVB 2008/65 [Lessiak/R. Mayer] = ZVB-LSK

2008/78 = ZVB-LSK 2008/79; BVA 30. 6. 2009, N/0051-BVA/10/2009-

42; BVA 27.9.2010, N/0071-BVA/10/2010-34). Der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung war sohin zurückzuweisen.

Selbst wenn man der Antragstellerin - ungeachtet des Vorliegens eines ausschreibungswidrigen Angebotes und damit zu Unrecht - Antragslegitimation zur Bekämpfung der Widerrufsentscheidung zugestehen sollte, wäre für sie im Ergebnis nichts gewonnen, da diese rechtmäßiger Weise erfolgt ist.

Zur Begründetheit der Widerrufsentscheidung (des Widerrufs):

Gemäß § 139 Abs 2 BVergG kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn
Gemäß Paragraph 139, Absatz 2, BVergG kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn

1. 1.Ziffer eins
nur ein Angebot eingelangt ist oder
2. 2.Ziffer 2
nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 nur ein Angebot bleibt, oder nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß Paragraph 129, nur ein Angebot bleibt, oder
3. 3.Ziffer 3
dafür sachliche Gründe bestehen.

Wie den EB 1171 der Beilagen XXII. GP zur Regierungsvorlage zur BVergG-Novelle 2006, BGBl I Nr. 86/2007, zu den §§ 138 u. 139 zu entnehmen ist, ist ein Widerruf des Vergabeverfahrens nunmehr in jedem Fall zulässig, wenn sachliche Gründe dies rechtfertigen. Wie den EB 1171 der Beilagen römisch 22. Gesetzgebungsperiode zur Regierungsvorlage zur BVergG-Novelle 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, zu den Paragraphen 138, u. 139 zu entnehmen

ist, ist ein Widerruf des Vergabeverfahrens nunmehr in jedem Fall zulässig, wenn sachliche Gründe dies rechtfertigen.

Der EuGH macht in seiner einschlägigen ständigen Judikatur

(vgl. Rs C-27/98, Rs C-92/00 u Rs C-244/02) den Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerer oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. So hat der EuGH in der Rs C-244/02 ausgesprochen, "dass aus den vergaberechtlichen Richtlinien nicht hervorgehe, dass die in dieser Richtlinie implizit anerkannte Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages, für den eine Ausschreibung stattgefunden habe, zu verzichten, auf Ausnahmefälle begrenzt sei oder in jedem Fall voraussetze, dass schwerwiegende Gründe angeführt würden..." Im Hinblick darauf ist an die Bestimmung des § 139 Abs 2 Z 3 BVergG kein strenger Maßstab anzulegen. vergleiche Rs C-27/98, Rs C-92/00 u Rs C-244/02) den Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerer oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. So hat der EuGH in der Rs C-244/02 ausgesprochen, "dass aus den vergaberechtlichen Richtlinien nicht hervorgehe, dass die in dieser Richtlinie implizit anerkannte Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages, für den eine Ausschreibung stattgefunden habe, zu verzichten, auf Ausnahmefälle begrenzt sei oder in jedem Fall voraussetze, dass schwerwiegende Gründe angeführt würden..." Im Hinblick darauf ist an die Bestimmung des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG kein strenger Maßstab anzulegen.

Aus dem Gesetz kann auch nicht abgeleitet werden, dass es für die Zulässigkeit des fakultativen Widerrufs auf den Zeitpunkt des Entstehens der den Widerruf begründenden "Umstände" ankäme. Ein Widerruf ist vielmehr immer dann als zulässig anzusehen, wenn sachliche Gründe dafür vorliegen und zwar unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt die zum Widerruf führenden Umstände entstanden sind (aA die EB zur RV). Somit kann auch ein Umstand (konkret eine den Auftraggeber zum Widerruf veranlassende widersprüchliche Ausschreibungsregelung), der schon zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens bestanden hat, einen sachlichen Grund für einen Widerruf darstellen (vgl. Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, §§ 138, 139 Rz 28). Aus dem Gesetz kann auch nicht abgeleitet werden, dass es für die Zulässigkeit des fakultativen Widerrufs auf den Zeitpunkt des Entstehens der den Widerruf begründenden "Umstände" ankäme. Ein Widerruf ist vielmehr immer dann als zulässig anzusehen, wenn sachliche Gründe dafür vorliegen und zwar unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt die zum Widerruf führenden Umstände entstanden sind (aA die EB zur Regierungsvorlage). Somit kann auch ein Umstand (konkret eine den Auftraggeber zum Widerruf veranlassende widersprüchliche Ausschreibungsregelung), der schon zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens bestanden hat, einen sachlichen Grund für einen Widerruf darstellen vergleiche Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraphen 138, 139, Rz 28).

Das Leitprodukt XX weist nicht die VdS- Klasse C (wie ausgeschrieben), sondern die VdS- Klasse B auf (vgl die übereinstimmenden Angaben der Verfahrensparteien). Das Leitprodukt römisch zwanzig weist nicht die VdS- Klasse C (wie ausgeschrieben), sondern die VdS- Klasse B auf vergleiche die übereinstimmenden Angaben der Verfahrensparteien).

Zwischen den Ausschreibungsregelungen der LG 21 - 21 Z:

Zutrittskontrollanlage VdS- Anerkennung gemäß Klasse C einerseits und den Pos 2100 bzw. 2100B Z, die zur Verwendung das beispielhaft ausgeschriebene Erzeugnis XX, vorsieht, andererseits, besteht somit ein Widerspruch. Dieser Widerspruch kann im jetzigen Zeitpunkt (nach Ablauf der Angebotsfrist) nicht mehr durch Berichtigung beseitigt werden. Zutrittskontrollanlage VdS- Anerkennung gemäß Klasse C einerseits und den Pos 2100 bzw. 2100B Z, die zur Verwendung das beispielhaft ausgeschriebene Erzeugnis römisch zwanzig, vorsieht, andererseits, besteht somit ein Widerspruch. Dieser Widerspruch kann im jetzigen Zeitpunkt (nach Ablauf der Angebotsfrist) nicht mehr durch Berichtigung beseitigt werden.

Der Auftraggeber hat mit der Forderung einer Zutrittskontrollanlage mit VdS- Anerkennung gemäß Klasse C und dem hierfür beispielhaft vorgegebenen Leitprodukt XX (mit VdS-Klasse B) ein technisch nicht erfüllbares Leistungserfordernis statuiert. Bietet ein Bieter das vom Auftraggeber als Leitprodukt ausgeschriebene Erzeugnis XX oder ein diesem Erzeugnis gleichwertiges Produkt (=ebenfalls der VdS-Klasse B) an, so kann gleichzeitig damit das vorgegebene Ausschreibungserfordernis einer Zutrittskontrollanlage mit VdS-Anerkennung gemäß Klasse C nicht erfüllt werden. Der Auftraggeber hat mit der Forderung einer Zutrittskontrollanlage mit VdS- Anerkennung gemäß Klasse C und dem hierfür beispielhaft vorgegebenen Leitprodukt römisch zwanzig (mit VdS-Klasse B) ein technisch nicht erfüllbares Leistungserfordernis statuiert. Bietet ein Bieter das vom Auftraggeber als Leitprodukt

ausgeschriebene Erzeugnis römisch zwanzig oder ein diesem Erzeugnis gleichwertiges Produkt (=ebenfalls der VdS-Klasse B) an, so kann gleichzeitig damit das vorgegebene Ausschreibungserfordernis einer Zutrittskontrollanlage mit VdS-Anerkennung gemäß Klasse C nicht erfüllt werden.

Der aufgezeigte Ausschreibungswiderspruch kann auch mit den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen der §§ 914ff ABGB nicht aufgelöst werden, da gegenständlich eine undeutliche, einer Interpretation bedürftige Erklärung gar nicht vorliegt. Die Erklärung des Auftraggebers ist vielmehr eindeutig. So hat der Auftraggeber unmissverständlich eine Zutrittskontrollanlage mit VdS-Anerkennung gemäß Klasse C gefordert und mit dem Leitprodukt XX ebenso unmissverständlich ein Erzeugnis der VdS-Klasse B vorgegeben. An dieser Stelle sei erwähnt, dass es jedenfalls nicht Aufgabe des Bieters ist, in der Ausschreibung auftretende Widersprüche durch entsprechende Angebotslegung korrigierend zu beseitigen (die unterlassene Rüge des Widerspruches durch Bieter ist eine bloße sanktionslose Obliegenheitsverletzung). Der aufgezeigte Ausschreibungswiderspruch kann auch mit den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen der Paragraphen 914 f, f, ABGB nicht aufgelöst werden, da gegenständlich eine undeutliche, einer Interpretation bedürftige Erklärung gar nicht vorliegt. Die Erklärung des Auftraggebers ist vielmehr eindeutig. So hat der Auftraggeber unmissverständlich eine Zutrittskontrollanlage mit VdS-Anerkennung gemäß Klasse C gefordert und mit dem Leitprodukt römisch zwanzig ebenso unmissverständlich ein Erzeugnis der VdS-Klasse B vorgegeben. An dieser Stelle sei erwähnt, dass es jedenfalls nicht Aufgabe des Bieters ist, in der Ausschreibung auftretende Widersprüche durch entsprechende Angebotslegung korrigierend zu beseitigen (die unterlassene Rüge des Widerspruches durch Bieter ist eine bloße sanktionslose Obliegenheitsverletzung).

Ein technischer Fehler in den Ausschreibungsunterlagen - wie im konkreten Fall ein nicht erfüllbares Leistungserfordernis - wurde in der Vergangenheit von der Judikatur sogar als zwingender Widerrufsgrund qualifiziert (vgl. OGH 29.4.2004, 6 Ob 177/03b zum BVerG 1997). Jedenfalls aber ist ein solcher Umstand als fakultativer Widerrufsgrund iSd § 139 Abs 2 Z 3 BVerG zu qualifizieren. Diese Auffassung wird auch durch die Judikatur des VwGH zu den fakultativen Widerrufstatbeständen des § 105 Abs 2 BVerG 2002 unterstützt. Nach § 105 Abs 2 Z 3 BVerG 2002 konnte eine Ausschreibung nur bei Bestehen schwerwiegender, den Widerruf sachlich rechtfertigender Gründe widerrufen werden. Der VwGH erachtete den Widerruf dann als zulässig, wenn der Grund für einen allfälligen Widerruf in der konkreten Situation von einem solchen Gewicht war, dass ein besonnener Auftraggeber versucht wäre bzw sich veranlasst sehen würde, von der Fortführung des Vergabeverfahrens abzusehen (vgl. VwGH 29.2.2008, ZI 2006/04/0011; 29.3.2006, ZI 2006/04/0019). Ein technischer Fehler in den Ausschreibungsunterlagen - wie im konkreten Fall ein nicht erfüllbares Leistungserfordernis - wurde in der Vergangenheit von der Judikatur sogar als zwingender Widerrufsgrund qualifiziert vergleiche OGH 29.4.2004, 6 Ob 177/03b zum BVerG 1997). Jedenfalls aber ist ein solcher Umstand als fakultativer Widerrufsgrund iSd Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVerG zu qualifizieren. Diese Auffassung wird auch durch die Judikatur des VwGH zu den fakultativen Widerrufstatbeständen des Paragraph 105, Absatz 2, BVerG 2002 unterstützt. Nach Paragraph 105, Absatz 2, Ziffer 3, BVerG 2002 konnte eine Ausschreibung nur bei Bestehen schwerwiegender, den Widerruf sachlich rechtfertigender Gründe widerrufen werden. Der VwGH erachtete den Widerruf dann als zulässig, wenn der Grund für einen allfälligen Widerruf in der konkreten Situation von einem solchen Gewicht war, dass ein besonnener Auftraggeber versucht wäre bzw sich veranlasst sehen würde, von der Fortführung des Vergabeverfahrens abzusehen vergleiche VwGH 29.2.2008, ZI 2006/04/0011; 29.3.2006, ZI 2006/04/0019).

Dies muss jedoch umso mehr für die Rechtslage nach dem BVerG 2006 gelten, nach der für den Widerruf gar keine schwer wiegenden Gründe mehr, sondern "nur" mehr sachliche Gründe erforderlich sind. Überträgt man den vom VwGH zu § 105 Abs 2 Z 3 BVerG 2002 entwickelten Grundsatz des Verhaltens eines besonnenen Auftraggebers auf den Widerrufstatbestand des § 139 Abs 2 Z 3 BVerG 2006, führt dies zu dem Ergebnis, dass ein besonnener Auftraggeber an der dargestellten widersprüchlichen Ausschreibungssituation nicht festhalten würde, sondern von seinem Recht auf Ausschreibungswiderruf - in sachlicher Ausübung seines Ermessens - Gebrauch machen würde. Eine Fortführung des Vergabeverfahrens auf der Grundlage der bestehenden Ausschreibungssituation würde eine Bestbieterermittlung nicht ermöglichen. So hat etwa auch die ursprüngliche präsumtive Zuschlagsempfängerin und nunmehrige Antragstellerin (A***) im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren mit ihrem Produkt UU eine nach VdS-Klasse B anerkannte Anlage angeboten und hat sich damit gerade jener Ausschreibungswiderspruch verwirklicht, durch den sich der Auftraggeber nunmehr zum Widerruf veranlasst sieht (vgl RV 1171 Blg. Nr. XXII GP, S 89). Dies muss jedoch umso mehr für die Rechtslage nach dem BVerG 2006 gelten, nach der für den Widerruf gar keine schwer

wiegenden Gründe mehr, sondern "nur" mehr sachliche Gründe erforderlich sind. Überträgt man den vom VwGH zu Paragraph 105, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2002 entwickelten Grundsatz des Verhaltens eines besonnenen Auftraggebers auf den Widerrufstatbestand des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006, führt dies zu dem Ergebnis, dass ein besonnener Auftraggeber an der dargestellten widersprüchlichen Ausschreibungssituation nicht festhalten würde, sondern von seinem Recht auf Ausschreibungswiderruf - in sachlicher Ausübung seines Ermessens - Gebrauch machen würde. Eine Fortführung des Vergabeverfahrens auf der Grundlage der bestehenden Ausschreibungssituation würde eine Bestbieterermittlung nicht ermöglichen. So hat etwa auch die ursprüngliche präsumtive Zuschlagsempfängerin und nunmehrige Antragstellerin (A***) im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren mit ihrem Produkt UU eine nach VdS-Klasse B anerkannte Anlage angeboten und hat sich damit gerade jener Ausschreibungswiderspruch verwirklicht, durch den sich der Auftraggeber nunmehr zum Widerruf veranlasst sieht (vergleiche Regierungsvorlage 1171 Blg. Nr. römisch 22 GP, S 89).

In diesem Sinne sind nicht unwesentliche Fehler oder Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen (ohne dass diese Umstände eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer wesentlichen anderen Ausschreibung geführt hätten) als technische sachliche Gründen anzusehen, die einen Widerruf rechtfertigen (vgl. Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel §§ 138, 139 Rz 35). In diesem Sinne sind nicht unwesentliche Fehler oder Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen (ohne dass diese Umstände eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer wesentlichen anderen Ausschreibung geführt hätten) als technische sachliche Gründen anzusehen, die einen Widerruf rechtfertigen (vergleiche Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraphen 138, 139, Rz 35).

Da es allein auf das objektive Vorliegen sachlicher Gründe für den Widerruf ankommt, ist es auch ohne Relevanz, wie es zu diesen Gründen gekommen ist und ob der Auftraggeber bei Anwendung entsprechender Sorgfalt den Eintritt dieser Umstände allenfalls verhindern hätte können. Die Frage, ob einem fachkundigen Auftraggeber bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung erkennbar gewesen sein müsste, dass durch die konkrete Gestaltung der Ausschreibung ein solcher Widerspruch entstehen würde, kann daher dahin gestellt bleiben.

Ebenso ohne Belang ist es, ob einem fachkundigen Bieter erkennbar gewesen sein müsste, dass das Leitprodukt XX bzw ein diesem Produkt gleichwertiges Erzeugnis das Ausschreibungserfordernis einer Zutrittskontrollanlage mit VdS-Anerkennung gemäß Klasse C nicht erfüllen kann. Ebenso ohne Belang ist es, ob einem fachkundigen Bieter erkennbar gewesen sein müsste, dass das Leitprodukt römisch zwanzig bzw ein diesem Produkt gleichwertiges Erzeugnis das Ausschreibungserfordernis einer Zutrittskontrollanlage mit VdS-Anerkennung gemäß Klasse C nicht erfüllen kann.

Gemäß Pkt. 1 2. Absatz der Angebotsbestimmungen hat der Bieter zwar, sofern er in den Angebotsunterlagen Mängel oder Fehler feststellt oder Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung oder Bedenken gegen die Ausschreibungsbedingungen hat, den Auftraggeber schriftlich darauf aufmerksam zu machen, um möglichst eine Klärung im Rahmen einer Bieteranfrage zu ermöglichen bzw. um dem Auftraggeber Gelegenheit zu geben, gegebenenfalls die Ausschreibungsunterlagen zu berichtigen (vgl. § 106 Abs 6 BVergG 2006). Gemäß Pkt. 1 2. Absatz der Angebotsbestimmungen hat der Bieter zwar, sofern er in den Angebotsunterlagen Mängel oder Fehler feststellt oder Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung oder Bedenken gegen die Ausschreibungsbedingungen hat, den Auftraggeber schriftlich darauf aufmerksam zu machen, um möglichst eine Klärung im Rahmen einer Bieteranfrage zu ermöglichen bzw. um dem Auftraggeber Gelegenheit zu geben, gegebenenfalls die Ausschreibungsunterlagen zu berichtigen (vergleiche Paragraph 106, Absatz 6, BVergG 2006).

Hierbei handelt es sich jedoch um eine bloße Rügeobliegenheit des Bieters, deren Verletzung jedenfalls nicht dazu führt, dass das Recht, die Rechtmäßigkeit der Widerrufsentscheidung in einem Nachprüfungsverfahren überprüfen zu lassen, verwirkt wäre oder der Auftraggeber an der Ausübung seines Widerrufsrechtes gehindert wäre.

Abschließend sei bemerkt, dass auch die Bestandsfestigkeit der Ausschreibung - die Ausschreibung wurde von keinem Bieter innerhalb der Frist des § 321 BVergG angefochten - ohne Einfluss auf den Widerruf ist und diesem nicht entgegen steht. Die Widerrufsentscheidung ist daher zu Recht erfolgt. Abschließend sei bemerkt, dass auch die Bestandsfestigkeit der Ausschreibung - die Ausschreibung wurde von keinem Bieter innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG angefochten - ohne Einfluss auf den Widerruf ist und diesem nicht entgegen steht. Die Widerrufsentscheidung ist daher zu Recht erfolgt.

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

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

Wie sich aus Spruchpunkt I des gegenständlichen Bescheides ergibt, wurde der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung zurückgewiesen. Ein Obsiegen des Antragstellers iSd § 319 Abs 1 BVergG liegt sohin nicht vor. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag war daher abzuweisen. Wie sich aus Spruchpunkt römisch eins des gegenständlichen Bescheides ergibt, wurde der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung zurückgewiesen. Ein Obsiegen des Antragstellers iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG liegt sohin nicht vor. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag war daher abzuweisen.

Dies gilt auch für den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des BVA vom 20.9.2010, GZ N/0078-BVA/09/2010-EV7, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag jedoch zurückgewiesen (vgl Spruchpunkt I). Ein Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kam daher gemäß § 319 Abs 2 BVergG nicht in Betracht. Dies gilt auch für den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des BVA vom 20.9.2010, GZ N/0078-BVA/09/2010-EV7, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag jedoch zurückgewiesen (vergleiche Spruchpunkt römisch eins). Ein Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kam daher gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG nicht in Betracht.

Zuletzt aktualisiert am

14.12.2010

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