

TE Verg Bescheid 2010/9/27 N/0071-BVA/10/2010-34

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.09.2010

Norm

BVergG 2006 §2 Z5
BVergG 2006 §2 Z13
BVergG 2006 §97
BVergG 2006 §98
BVergG 2006 §101 Abs4
BVergG 2006 §106
BVergG 2006 §108 Abs1 Z1
BVergG 2006 §108 Abs1 Z2
BVergG 2006 §108 Abs1 Z6
BVergG 2006 §118 Abs1
BVergG 2006 §118 Abs3
BVergG 2006 §118 Abs4
BVergG 2006 §118 Abs5 Z1
BVergG 2006 §123 Abs1
BVergG 2006 §123 Abs2
BVergG 2006 §126
BVergG 2006 §129 Abs1 Z7
BVergG 2006 §129 Abs3
BVergG 2006 §133
BVergG 2006 §134 Abs1
BVergG 2006 §319 Abs1
BVergG 2006 §319 Abs2
BVergG 2006 §320 Abs1 Z2
BVergG 2006 §324 Abs3
BVergG 2006 §345 Abs14 Z2

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

- [illegible]

1. BVergG 2006 § 134 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 134 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 134 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
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 § 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 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
 4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
 7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Sabine Prewein, MAS als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH vom 19. August 2010 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, "die Entscheidung der Auftraggeberin, unser Angebot auszuscheiden, für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 129 Abs 1 Z 7 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag der A***, "die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 9. August 2010 für nichtig zu erklären", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 320 Abs 1 Z 2 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG

III.römisch drei.

Der Antrag der A***, "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichtete Pauschalgebühr für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs 1 und 2 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 19. August 2010 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der sie betreffenden Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung. Nach Darstellung des maßgeblichen Sachverhalts legt sie ihr Interesse am Vertragsabschluss durch Verweis auf ihre Geschäftstätigkeit, die Publizität des Auftrags, die Angebotslegung und die Stellung des Nachprüfungsantrags. Als drohenden Schaden nennt sie den Verlust der Chance auf die Erteilung des Zuschlags als Bestbieter durch das Ausscheiden ihres Angebots und die Zuschlagserteilung an die B*** GmbH, die frustrierten Kosten der Angebotserstellung in der Höhe von zumindest Euro 15.000, entgangenen Gewinn in der Höhe von zumindest Euro 100.000 netto sowie den Verlust eines Referenzprojektes. Sie erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs 1 BVergG sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Nicht-Abweichung von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf vergaberechtskonforme und ausschreibungskonforme Prüfung der Angebote, im Recht auf Nicht-Ausscheiden aufgrund der Legung eines ausschreibungskonformen Angebotes und im Recht auf Verbesserung von behebbaren Mängeln verletzt. Es werde daher die Entscheidung über das Ausscheiden unseres Angebotes sowie die Zuschlagsentscheidung über die beabsichtigte Zuschlagserteilung an B*** GmbH angefochten. Die Auftraggeberin habe ihr Angebot zu Unrecht ausgeschieden. Die Bieterlücken in den Wählbaren Vorbemerkungen zu Unterleistungsgruppen und jene auf Positionsebene seien vom Bieter beim Ausfüllen unterschiedlich zu handhaben. Auf Positionsebene seien lediglich "Lohn", "Sonstiges", "Einheitspreis" und der "Positionspreis" anzugeben. Positionstexte, die keinen Positionstext "oder gleichwertiger Art" enthielten, erlaubten nicht, ein Fabrikat einzusetzen. Aufgrund der ständigen Vertragsbestimmungen für die Obergruppe "MSR" "wenn nicht anders angegeben [wohl gemeint 'durch den Bieter']", werden alle Systemkomponenten, wie Messwertgeber, Automatisierungs- und Stellgeräte einschließlich Software von einem Hersteller (Systemhalter) ausgeführt, oder Komponenten verwendet, die dieser empfiehlt" gelten jene Automatisierungsgeräte als angeboten, die von der AG im Leistungsverzeichnis weiter vorne genannten Firmen (zB C***, D*** etc) hergestellt bzw von diesen empfohlen würden. Der Punkt "Vollständigkeit des Angebotes" auf Seite 4 der Allgemeinen Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung nenne Bieterlücken nicht. Daher liege der von der Auftraggeberin genannte Mangel nicht vor, dass keine Fabrikatsangaben gemacht worden seien und das Angebot unvollständig sei. Sollte das Nichtausfüllen der Bieterlücken tatsächlich einen Mangel darstellen, wäre er behebbar, da keine Veränderung der Wettbewerbsstellung eintreten könne. Die technische Qualität der angebotenen Produkte werde nicht in den Zuschlagskriterien bewertet und sei von der Auftraggeberin in den technischen Spezifikationen festgelegt. Die Auftraggeberin hätte die Antragstellerin zur Verbesserung auffordern müssen. Mit dem Fax vom 2. Februar 2010 habe sie lediglich zur Vorlage von Eignungsnachweisen eines Subunternehmers aufgefordert. Daher sei die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig. Die B*** GmbH sei im Firmenbuch gelöscht. Sollte eine andere Gesellschaft genannt sein, sei deren Angebot bei der Angebotsöffnung nicht verlesen worden und eine Zuschlagserteilung an sie unzulässig. Die bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung sei unzureichend begründet und daher rechtswidrig. Das Angebot der Antragstellerin sei nach dem Ergebnis der Angebotsöffnung das billigste und das einzige mit einer maximalen Verlängerung der Gewährleistungsfrist, somit am besten zu bewerten. Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 19. August 2010 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der sie betreffenden Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung. Nach Darstellung des maßgeblichen Sachverhalts legt sie ihr Interesse am Vertragsabschluss durch Verweis auf ihre Geschäftstätigkeit, die Publizität des Auftrags, die Angebotslegung und die Stellung des Nachprüfungsantrags. Als drohenden Schaden nennt sie den Verlust der Chance auf die Erteilung des Zuschlags als Bestbieter durch das Ausscheiden ihres Angebots und die Zuschlagserteilung an die B*** GmbH, die frustrierten Kosten der Angebotserstellung in der Höhe von zumindest Euro 15.000, entgangenen Gewinn in der Höhe von zumindest Euro 100.000 netto sowie den Verlust eines Referenzprojektes. Sie erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und

dem freien und lauterem Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Nicht-Abweichung von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf vergaberechtskonforme und ausschreibungskonforme Prüfung der Angebote, im Recht auf Nicht-Ausscheiden aufgrund der Legung eines ausschreibungskonformen Angebotes und im Recht auf Verbesserung von behebbaren Mängeln verletzt. Es werde daher die Entscheidung über das Ausscheiden unseres Angebotes sowie die Zuschlagsentscheidung über die beabsichtigte Zuschlagserteilung an B*** GmbH angefochten. Die Auftraggeberin habe ihr Angebot zu Unrecht ausgeschieden. Die Bieterlücken in den Wählbaren Vorbemerkungen zu Unterleistungsgruppen und jene auf Positionsebene seien vom Bieter beim Ausfüllen unterschiedlich zu handhaben. Auf Positionsebene seien lediglich "Lohn", "Sonstiges", "Einheitspreis" und der "Positionspreis" anzugeben. Positionstexte, die keinen Positionstext "oder gleichwertiger Art" enthielten, erlaubten nicht, ein Fabrikat einzusetzen. Aufgrund der ständigen Vertragsbestimmungen für die Obergruppe "MSR" "wenn nicht anders angegeben [wohl gemeint 'durch den Bieter']", werden alle Systemkomponenten, wie Messwertgeber, Automatisierungs- und Stellgeräte einschließlich Software von einem Hersteller (Systemhalter) ausgeführt, oder Komponenten verwendet, die dieser empfiehlt" gelten jene Automatisierungsgeräte als angeboten, die von der AG im Leistungsverzeichnis weiter vorne genannten Firmen (zB C***, D*** etc) hergestellt bzw von diesen empfohlen würden. Der Punkt "Vollständigkeit des Angebotes" auf Seite 4 der Allgemeinen Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung nenne Bieterlücken nicht. Daher liege der von der Auftraggeberin genannte Mangel nicht vor, dass keine Fabrikatsangaben gemacht worden seien und das Angebot unvollständig sei. Sollte das Nichtausfüllen der Bieterlücken tatsächlich einen Mangel darstellen, wäre er behebbar, da keine Veränderung der Wettbewerbsstellung eintreten könne. Die technische Qualität der angebotenen Produkte werde nicht in den Zuschlagskriterien bewertet und sei von der Auftraggeberin in den technischen Spezifikationen festgelegt. Die Auftraggeberin hätte die Antragstellerin zur Verbesserung auffordern müssen. Mit dem Fax vom 2. Februar 2010 habe sie lediglich zur Vorlage von Eignungsnachweisen eines Subunternehmers aufgefordert. Daher sei die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig. Die B*** GmbH sei im Firmenbuch gelöscht. Sollte eine andere Gesellschaft genannt sein, sei deren Angebot bei der Angebotsöffnung nicht verlesen worden und eine Zuschlagserteilung an sie unzulässig. Die bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung sei unzureichend begründet und daher rechtswidrig. Das Angebot der Antragstellerin sei nach dem Ergebnis der Angebotsöffnung das billigste und das einzige mit einer maximalen Verlängerung der Gewährleistungsfrist, somit am besten zu bewerten.

Am 23. August 2010 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zu dem Vergabeverfahren und legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Am 24. August 2010 nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass zwischen "echten Bieterlücken", bei denen kein Leitprodukt genannt sei, und "unechten Bieterlücken", bei denen ein Leitprodukt genannt sei, zu unterscheiden sei. In "echten Bieterlücken" sei jedenfalls ein Produkt einzutragen. Die Antragstellerin habe in zahlreichen Positionen mit "echten Bieterlücken", bei denen eine Fabrikatswahl anzugeben war, keine Angaben gemacht. "Unechte Bieterlücken" seien kein Grund für das Ausscheiden. Das Ausfüllen der "echten Bieterlücken" könne von der Antragstellerin nicht dadurch "umgangen" werden, dass ein Rückgriff auf die von der Auftraggeberin im Leistungsverzeichnis weiter vorne genannten beispielhaft angeführten Firmen bei unechten Bieterlücken gemacht werde. Der Verweis der Antragstellerin auf ihr Begleitschreiben, das sich bereits dem Wortlaut nach nur auf "unechte Bieterlücken" beziehe, gehe ins Leere. Die Angabe auf Seite 4 der allgemeinen Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung im Punkt "Vollständigkeit des Angebotes" stelle schon dem Wortlaut nach keine taxative Aufzählung über die zur Vollständigkeit des Angebotes notwendigen Angaben dar. Beim Nichtausfüllen von "echten Bieterlücken" sei das Angebot als unbehebbar mangelhaft, weil unvollständig, einzustufen und zwingend auszuschneiden. Durch eine Aufforderung zur Verbesserung würde der Antragstellerin mehr Zeit zur Vorbereitung ihres Angebots gewährt. Sie genieße einen Wettbewerbsvorteil. Das Begleitschreiben ändere an der unbehebhaften Mangelhaftigkeit des Angebotes der Antragstellerin nichts, da in den Fällen der ausgeschriebenen "echten Bieterlücken" weder ein "ausgeschriebenes" oder "beispielhaft genanntes Erzeugnis", noch das von der Bieterin/Antragstellerin "genannte Erzeugnis" existiere. Es handle sich auch nicht um "außerordentlich kleine Teile der Gesamtleistung". Zusammen machten diese Positionen etwa 4 % der Gesamtleistung aus. Zulässige Aufklärung liege dann nicht mehr vor, wenn Änderungen des Angebotes erfolgten und somit die Grenze zum Verhandlungsverbot überschritten werde. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin handle es sich daher um ein fehlerhaftes bzw unvollständiges Angebot und keinen behebbaren Mangel, da insbesondere weder die erforderliche Vergleichbarkeit mit den entsprechenden Positionen in einem insoweit vollständigen Angebot eines anderen Bieters gewährleistet noch

die Möglichkeit der erforderlichen Prüfbarkeit des Angebotes in diesen Positionen gegeben oder die Möglichkeit von nachträglichen Manipulationen ausgeschlossen sei. Da die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bereits durch eine rein rechnerische Bewertung feststellbar seien und der Antragstellerin alle Grundlagen für diese Bewertung bekannt gewesen seien, sei für diese leicht nachvollziehbar gewesen, warum die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Bestbieterin ermittelt worden sei. Von der von der Antragstellerin vorgebrachten "Denkumöglichkeit" der Nachvollziehbarkeit der Korrektheit der Zuschlagsentscheidung könne daher keine Rede sein. Im Übrigen sei in der der Antragstellerin übermittelten Mitteilung vom 9. August 2010 der zwingende Ausscheidungsgrund konkret angeführt. Aus dem Vergabeakt ergebe sich eindeutig, dass Bieterin und präsumtive Zuschlagsempfängerin die B*** Haustechnik GmbH mit der Firmenbuchnummer FN ***** * sei.

Am 26. August 2010 erließ das Bundesvergabeamt zur Zahl N/0071-BVA/10/2010-EV12 eine einstweilige Verfügung. Darin untersagte es der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

Am 27. August 2010 erhob die B*** Haustechnik GmbH vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, in der Folge in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin genannt, begründete Einwendungen. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass Bieterlücken nichts anderes als freie Zeilen des Leistungsverzeichnisses seien. Den Ausführungen der Antragstellerin sei zu entnehmen, dass sie nicht alle Bieterlücken des Leistungsverzeichnisses pflichtgemäß ergänzt habe. Das BVergG verwendet den Ausdruck Bieterlücken nun im Zusammenhang mit technischen Spezifikationen, wenn ausnahmsweise "Leitprodukte" genannt würden. Der Auftraggeber müsse Bieterlücken vorgegebenen. Würden diese nicht ausgefüllt, gelte das "Leitprodukt" als angeboten. Nichts anderes könne der Ausschreibung entnommen werden. Es sei davon auszugehen, dass Bieterlücken, die nicht im Dienst der technischen Spezifikationen im Sinn des § 98 Abs 8 und des § 106 Abs 7 BVergG stünden, zwingend ergänzt werden müssten, widrigenfalls ein unvollständiges Angebot im Sinne des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG vorliege. Bei solchen Bieterlücken fehle das Leitprodukt, so dass es sinnlos wäre, die Wortfolge "oder gleichwertiger Art" vorzusehen. Mangels Vorgabe eines Leitproduktes könne auch die Fiktion des § 106 Abs 7 BVergG nicht eintreten. Der Mangel sei unbehebbar, da bereits die bloße Verlängerung des zur Ausarbeitung des Angebotes zur Verfügung stehenden Zeitraumes ausreiche, um der Antragstellerin einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe das Angebot unter dem richtigen Firmenwortlaut und der richtigen Firmenbuchnummer gelegt. Die Auftraggeberin habe bei der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung eine nicht ganz korrekte Bezeichnung gewählt. Es gelte jedoch der Grundsatz falsa demonstratio non nocet, so dass der bezug habende Einwand der Antragstellerin ins Leere gehe. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beantragt, das Bundesvergabeamt wolle den Nachprüfungsantrag als unbegründet abweisen. Weiters sprach sie sich für den Entfall der mündlichen Verhandlung und eine Entscheidung aufgrund der Aktenlage aus.

Am 27. August 2010 erhob die B*** Haustechnik GmbH vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, in der Folge in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin genannt, begründete Einwendungen. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass Bieterlücken nichts anderes als freie Zeilen des Leistungsverzeichnisses seien. Den Ausführungen der Antragstellerin sei zu entnehmen, dass sie nicht alle Bieterlücken des Leistungsverzeichnisses pflichtgemäß ergänzt habe. Das BVergG verwendet den Ausdruck Bieterlücken nun im Zusammenhang mit technischen Spezifikationen, wenn ausnahmsweise "Leitprodukte" genannt würden. Der Auftraggeber müsse Bieterlücken vorgegebenen. Würden diese nicht ausgefüllt, gelte das "Leitprodukt" als angeboten. Nichts anderes könne der Ausschreibung entnommen werden. Es sei davon auszugehen, dass Bieterlücken, die nicht im Dienst der technischen Spezifikationen im Sinn des Paragraph 98, Absatz 8 und des Paragraph 106, Absatz 7, BVergG stünden, zwingend ergänzt werden müssten, widrigenfalls ein unvollständiges Angebot im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorliege. Bei solchen Bieterlücken fehle das Leitprodukt, so dass es sinnlos wäre, die Wortfolge "oder gleichwertiger Art" vorzusehen. Mangels Vorgabe eines Leitproduktes könne auch die Fiktion des Paragraph 106, Absatz 7, BVergG nicht eintreten. Der Mangel sei unbehebbar, da bereits die bloße Verlängerung des zur Ausarbeitung des Angebotes zur Verfügung stehenden Zeitraumes ausreiche, um der Antragstellerin einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe das Angebot unter dem richtigen Firmenwortlaut und der richtigen Firmenbuchnummer gelegt. Die Auftraggeberin habe bei der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung eine nicht ganz korrekte Bezeichnung gewählt. Es gelte jedoch der Grundsatz falsa demonstratio non nocet, so dass der bezug habende Einwand der Antragstellerin ins Leere gehe. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beantragt, das Bundesvergabeamt wolle den Nachprüfungsantrag als unbegründet abweisen. Weiters sprach sie sich für den Entfall der mündlichen Verhandlung und eine Entscheidung aufgrund der Aktenlage aus.

Mit Schriftsatz vom 31. August 2010 teilte die Auftraggeberin mit, dass sie bei Zurückweisung des Antrags aufgrund der Aktenlage auf eine mündliche Verhandlung verzichtet.

Am 2. September 2010 nahm die Antragstellerin zum Vorbringen der Auftraggeberin Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass der objektive Erklärungswert der Ausschreibung zu ermitteln sei. Bieterlücken stellten eine Ausnahme von der ansonsten den Auftraggeber treffenden Pflicht zur neutralen und exakten Leistungsbeschreibung dar. Die Erläuterungen der Auftraggeberin zum Ausfüllen des Angebotes beträfen "unechte Bieterlücken". "Echte Bieterlücken" fänden sich an 15 Stellen im Leistungsverzeichnis. Weder diese Festlegung im Leistungsverzeichnis selbst noch die Erläuterungen in den Ausschreibungsbestimmungen legten fest, dass diese Platzhalter zwingend auszufüllen seien. Der jeweilige Bieter könne das Erzeugnis bzw die Type auswählen, müsse aber nicht. Die Festlegungen der Auftraggeberin über die Vollständigkeit des Angebots in dem "Allgemeine Vorbemerkungen" zum Leistungsverzeichnis bezögen sich ausschließlich auf den Preis, nicht jedoch auf ein bestimmtes Produkt. Dies decke sich mit der Festlegung der Auftraggeberin in den ständigen Vertragsbestimmungen für die Obergruppe "MSR", dass alle Systemkomponenten von einem Hersteller (Systemhalter) ausgeführt würden oder Komponenten verwendet würden, die diese empfehle. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot den Subunternehmer E*** namhaft gemacht. Bei Anwendung der zivilrechtlichen Auslegungsregeln ergebe sich ein schlüssiger Angebotsinhalt, weshalb das Ausscheiden zu Unrecht erfolgt sei. Die Erwägungen über "echte Bieterlücken" hätte die Auftraggeberin bereits in den Ausschreibungsunterlagen machen müssen. Undeutliche Äußerungen in den Ausschreibungsunterlagen seien der Auftraggeberin im Sinne des § 915 ABGB zuzurechnen. Beim Nichtausfüllen der Bieterlücken handle es sich um einen behebbaren Mangel, da das Ausfüllen fakultativ gewesen sei. In den Obergruppen Sanitär und Heizung handle es sich um außerordentlich kleine Teile der Gesamtleistung, weil die von einer etwaigen Mangelhaftigkeit betroffenen Positionen lediglich 1,1 % der Gesamtleistungssumme ausmachten. Eine Zuschlagserteilung an die B*** GmbH wäre unzulässig, da diese nicht existiere. Eine Zuschlagserteilung an die B*** Haustechnik GmbH wäre unzulässig, weil deren Angebot nicht verlesen worden sei und sie auch nicht als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin genannt worden sei. Es handle sich dabei um einen Fehler bei der Angebotsöffnung.

Am 2. September 2010 nahm die Antragstellerin zum Vorbringen der Auftraggeberin Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass der objektive Erklärungswert der Ausschreibung zu ermitteln sei. Bieterlücken stellten eine Ausnahme von der ansonsten den Auftraggeber treffenden Pflicht zur neutralen und exakten Leistungsbeschreibung dar. Die Erläuterungen der Auftraggeberin zum Ausfüllen des Angebotes beträfen "unechte Bieterlücken". "Echte Bieterlücken" fänden sich an 15 Stellen im Leistungsverzeichnis. Weder diese Festlegung im Leistungsverzeichnis selbst noch die Erläuterungen in den Ausschreibungsbestimmungen legten fest, dass diese Platzhalter zwingend auszufüllen seien. Der jeweilige Bieter könne das Erzeugnis bzw die Type auswählen, müsse aber nicht. Die Festlegungen der Auftraggeberin über die Vollständigkeit des Angebots in dem "Allgemeine Vorbemerkungen" zum Leistungsverzeichnis bezögen sich ausschließlich auf den Preis, nicht jedoch auf ein bestimmtes Produkt. Dies decke sich mit der Festlegung der Auftraggeberin in den ständigen Vertragsbestimmungen für die Obergruppe "MSR", dass alle Systemkomponenten von einem Hersteller (Systemhalter) ausgeführt würden oder Komponenten verwendet würden, die diese empfehle. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot den Subunternehmer E*** namhaft gemacht. Bei Anwendung der zivilrechtlichen Auslegungsregeln ergebe sich ein schlüssiger Angebotsinhalt, weshalb das Ausscheiden zu Unrecht erfolgt sei. Die Erwägungen über "echte Bieterlücken" hätte die Auftraggeberin bereits in den Ausschreibungsunterlagen machen müssen. Undeutliche Äußerungen in den Ausschreibungsunterlagen seien der Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 915, ABGB zuzurechnen. Beim Nichtausfüllen der Bieterlücken handle es sich um einen behebbaren Mangel, da das Ausfüllen fakultativ gewesen sei. In den Obergruppen Sanitär und Heizung handle es sich um außerordentlich kleine Teile der Gesamtleistung, weil die von einer etwaigen Mangelhaftigkeit betroffenen Positionen lediglich 1,1 % der Gesamtleistungssumme ausmachten. Eine Zuschlagserteilung an die B*** GmbH wäre unzulässig, da diese nicht existiere. Eine Zuschlagserteilung an die B*** Haustechnik GmbH wäre unzulässig, weil deren Angebot nicht verlesen worden sei und sie auch nicht als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin genannt worden sei. Es handle sich dabei um einen Fehler bei der Angebotsöffnung.

Mit einem weiteren Schriftsatz vom 2. September 2010 nahm die Antragstellerin zur Stellungnahme der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin Stellung. Bei der Nichtverlesung des Namens und des Angebotes des Bieters handle es sich um einen schweren und unbehebaren Mangel. Fehler bei der Angebotsöffnung seien nicht sanierbar. Die Antragstellerin beantragte, den Antrag der B*** Haustechnik GmbH, ihr Parteistellung zuzuerkennen, abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 7. September 2010 replizierte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf die Schriftsätze der Antragstellerin. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die objektive Bedeutung der Festlegungen der Aufforderung zur Angebotslegung zu ermitteln und die Angebote an diesem Maßstab zu messen seien, sodass abweichende Vorstellungen der Auftraggeberin bei der Auslegung irrelevant seien. Auch abweichende Vorstellungen eines Bieters seien bei der Auslegung irrelevant. Im konkreten Fall sei vom Wortlaut und von der Systematik der HG 00 und der OG 01 auf Seiten 1 und 2 des Leistungsverzeichnisses auszugehen. Dort sei der pflichtgemäße Zustand des Angebots nach Angebotseröffnung wiedergegeben. Der Text sei eindeutig. Die vom Bieter in den Bieterlücken angebotenen Materialien/Erzeugnisse/ Typen sollten grundsätzlich Vertragsbestandteil werden. Sie seien damit einer nachträglichen Ergänzung nicht zugänglich. Nur im Fall beispielhaft erwähnter Materialien/Erzeugnisse/Typen könne ausnahmsweise - freilich nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung - eine Ergänzung der entsprechenden Bieterlücken unterbleiben. Eine Mängelbehebung werde lediglich im Fall eines außerordentlich kleinen Teils der Gesamtleistung in der Literatur befürwortet. Von einem solchen außerordentlich kleinen Teil der Gesamtleistung könne im vorliegenden Fall freilich keine Rede sein.

Am 16. September 2010 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Darin brachte Herr F***, Rechtsvertreter der Antragstellerin, vor, dass die Liste der Bieterlücken nicht datiert und paraphiert sei. Die Auftraggeberin habe sich mit den Bieterlücken vorweg nicht auseinandergesetzt. Bei der Frage der Geringfügigkeit der nicht ausgefüllten Bieterlücken sei nicht auf die Summe der Positionspreise, sondern auf die Summe der Gewinnspannen abzustellen. Bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um einen behebbaren Mangel handle, bestehe eine Lücke. Diese sei durch analoge Anwendung des § 126 Abs 4 BVergG über Rechenfehler zu schließen. Herr G***, Vertreter der Antragstellerin, gab an, dass der namhaft gemachte Subunternehmer teilweise Komponenten, insbesondere für den Leistungsteil MSR, selbst herstelle, Komponenten teilweise zukaufe und die Software und Programmierung selbst herstelle, somit Systemhalter sei. Herr F*** brachte vor, dass bei den nicht ausgefüllten Bieterlücken in erster Linie Peripheriegeräte betroffen seien. Herr H***, Vertreter der Auftraggeberin, stellte fest, dass unabhängig von einer Datierung oder Paraphierung der Liste der Bieterlücken diese von der Antragstellerin nicht ausgefüllt worden seien. Zur Analogie sei anzumerken, dass nicht außerordentlich kleine Teile betroffen seien. Es sei ein objektiver Maßstab, nicht der subjektive Maßstab des Gewinns anzulegen. Der Bieter genieße durch die Möglichkeit zur Verbesserung einen materiellen Wettbewerbsvorteil, indem er mehr Zeit zur Ausarbeitung seines Angebots zur Verfügung habe. Die Angabe des Subunternehmers enthalte keine Angabe zum Fabrikat. Es seien zum Teil technisch sehr aufwendige Anlagenteile betroffen. Herr Y***, Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, verwies auf die Bestimmungen des BVergG, wonach das Angebot eine bestimmte, nicht eine bestimmbare Leistung beinhalte. In der Hauptgruppe 00 Obergruppe 00 fände sich die Grundregel, dass die Bieterlücken auszufüllen seien. Das könne als Sonderregel unterbleiben, wenn beispielhaft Produkte genannt seien. Wenn die Bestimmung der angebotenen Produkte auf Subunternehmer verlagert werde, sei es das Gleiche als würde der Bieter sein Angebot nachträglich verbessern. Zur Problematik der Firma verwies er auf VwGH 11. 11. 2009, 2009/04/0240-8. Die Analogie zu § 126 Abs 4 BVergG funktioniere nicht. Diese Bestimmung gehe davon aus, dass das Angebot vollständig sei. Das funktioniere mit einem unvollständigen Angebot nicht. Der Auftraggeber wäre gezwungen, das Angebot selbst zu ergänzen, was den fundamentalen Grundsätzen des Vergaberechts widerspräche.

Am 16. September 2010 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Darin brachte Herr F***, Rechtsvertreter der Antragstellerin, vor, dass die Liste der Bieterlücken nicht datiert und paraphiert sei. Die Auftraggeberin habe sich mit den Bieterlücken vorweg nicht auseinandergesetzt. Bei der Frage der Geringfügigkeit der nicht ausgefüllten Bieterlücken sei nicht auf die Summe der Positionspreise, sondern auf die Summe der Gewinnspannen abzustellen. Bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um einen behebbaren Mangel handle, bestehe eine Lücke. Diese sei durch analoge Anwendung des Paragraph 126, Absatz 4, BVergG über Rechenfehler zu schließen. Herr G***, Vertreter der Antragstellerin, gab an, dass der namhaft gemachte Subunternehmer teilweise Komponenten, insbesondere für den Leistungsteil MSR, selbst herstelle, Komponenten teilweise zukaufe und die Software und Programmierung selbst herstelle, somit Systemhalter sei. Herr F*** brachte vor, dass bei den nicht ausgefüllten Bieterlücken in erster Linie Peripheriegeräte betroffen seien. Herr H***, Vertreter der Auftraggeberin, stellte fest, dass unabhängig von einer Datierung oder Paraphierung der Liste der Bieterlücken diese von der Antragstellerin nicht ausgefüllt worden seien. Zur Analogie sei anzumerken, dass nicht außerordentlich kleine Teile betroffen seien. Es sei ein objektiver Maßstab, nicht der subjektive Maßstab des Gewinns anzulegen. Der Bieter genieße durch die Möglichkeit zur Verbesserung einen materiellen Wettbewerbsvorteil, indem er mehr Zeit zur Ausarbeitung seines

Angebots zur Verfügung habe. Die Angabe des Subunternehmers enthalte keine Angabe zum Fabrikat. Es seien zum Teil technisch sehr aufwendige Anlagenteile betroffen. Herr Y***, Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, verwies auf die Bestimmungen des BVergG, wonach das Angebot eine bestimmte, nicht eine bestimmbare Leistung beinhalte. In der Hauptgruppe 00 Obergruppe 00 fände sich die Grundregel, dass die Bieterlücken auszufüllen seien. Das könne als Sonderregel unterbleiben, wenn beispielhaft Produkte genannt seien. Wenn die Bestimmung der angebotenen Produkte auf Subunternehmer verlagert werde, sei es das Gleiche als würde der Bieter sein Angebot nachträglich verbessern. Zur Problematik der Firma verwies er auf VwGH 11. 11. 2009, 2009/04/0240-8. Die Analogie zu Paragraph 126, Absatz 4, BVergG funktioniere nicht. Diese Bestimmung gehe davon aus, dass das Angebot vollständig sei. Das funktioniere mit einem unvollständigen Angebot nicht. Der Auftraggeber wäre gezwungen, das Angebot selbst zu ergänzen, was den fundamentalen Grundsätzen des Vergaberechts widerspräche.

1. 2.Ziffer 2
Sachverhalt

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, in der Folge BIG genannt, steht zu 100 % im Eigentum der Republik Österreich. (offenes Firmenbuch zu FN 34.857 w)

Sie ist ua in mehrere Geschäftsfelder gegliedert. Eines dieser Geschäftsfelder ist "Planen & Bauen", der wieder in vier regionale Teams geteilt ist. Eines dieser Teams ist "Planen & Bauen - Region NÖ, OÖ, Burgenland". (amtliche Einsicht unter www.big.at)

Die BIG baut eine neue Kaserne am Standort Montecuccoli-Kaserne, Kasernenstraße 17, 7540 Güssing. Dieses Gesamtvorhaben hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 37.841.171. Im Zuge dieses Vorhabens hat sie Leistungen zur Errichtung von HKLS (Heizung, Klima, Lüftung, Sanitär) und MSR (Mess-, Steuer- und Regeltechnik) als Bauauftrag mit den CPV-Codes 45300000 – Bauinstallationsarbeiten, 45331000 - Installation von Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlage und 45330000 - Installateurarbeiten als Los ausgeschrieben. Es hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 4.471.144. Das Vergabeverfahren findet nach den Regeln für den Oberschwellenbereich in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip mit den Zuschlagskriterien 98 % Preis und 2 % Verlängerung der Gewährleistungsfrist statt. Der Auftrag wurde am 26. November 2009 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, 2009/S 228-327420, und in der Online-Ausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers zur Zahl L-465493-9b24 "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne - HKLS und MSR" veröffentlicht. Abgesandt wurde die Bekanntmachung der Ausschreibung am 24. November 2009. Die erste Berichtigung der Ausschreibung wurde am 20. Jänner 2010 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, 2010/S 13-015506, und in der Online-Ausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers zur Zahl L-467360-0115 veröffentlicht. Abgesandt wurde die Bekanntmachung der ersten Berichtigung der Ausschreibung am 15. Jänner 2010. Schlusstermin für die Abgabe der Angebote war der 29. Jänner 2010, 10.00 Uhr. (Auskünfte der Auftraggeberin OZ 5; amtliche Einsicht unter ted.europa.eu und www.pep-online.at; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" lautet auszugsweise wie folgt:

"Die Ausschreibungsunterlagen bestehen aus dieser Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen sowie folgenden Beilagen:

1. a)Litera a
Angebotsschreiben (1-fach)
2. b)Litera b
Leistungsverzeichnis (1-fach) samt Plänen (1-fach) lt. Planverzeichnis*
3. c)Litera c
Abändernde bzw. ergänzende Bestimmungen (AEB) zur ()NORM B 2110 in der Fassung 1.3.1995
4. d)Litera d
Grobablaufplan *
5. e)Litera e
Arbeitsgemeinschaftserklärung
6. f)Litera f

Muster eines Bankgarantiebrieves für Kautions- und Deckungsrücklass

7. g) Litera g

Muster eines Bankgarantiebrieves für Haftungsrücklass

8. h) Litera h

Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern

9. i) Litera i

Geforderte Eignungsnachweise

* Kursiver Beilagentext gegebenenfalls vom Auftraggeber zu streichen

Weitere Beilagen

- lt. Beilagenverzeichnis

...

ANGEBOTSBESTIMMUNGEN

1. 1. Ziffer eins

...

2. 2. Ziffer 2

Die in Leistungsverzeichnissen 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 im Sinne des 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 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.

Erfordern die als gleichwertig angebotenen Materialien

bzw. Erzeugnisse das Ändern von Plänen und/oder

ausgeführten Leistungen, so gehen im Falle der Beauftragung die daraus entstehenden Kosten zu Lasten des Bieters.

Setzt ein Bieter bei den entsprechenden Positionen in die hierfür vorgesehenen Zeilen (Bieterlücken) keine Erzeugnisse oder Materialien seiner Wahl ein, so gelten die beispielhaft angeführten Erzeugnisse oder Materialien als angeboten.

...

1. 18. Ziffer 18

Der Zuschlag wird gemäß § 80 Abs. 3 BVergG 2006 erteilt. Der Zuschlag wird gemäß Paragraph 80, Absatz 3, BVergG 2006 erteilt:

18.1 0 dem Angebot mit dem niedrigsten Preis

18.2 1 dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot

Im Falle der Auftragserteilung nach dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gelten für die im Zuge der Angebotsprüfung nicht ausgeschiedenen Angebote nachstehende gekennzeichnete (angekreuzte) Kriterien.

Pkt.	Gewichtung
------	------------

1 X Gesamtpreis	98 %
-----------------	------

Anmerkung:

Die Bewertung des Gesamtpreises erfolgt

mittels nachstehender Formel:

Gewichtete Punktermittlung = (Gesamtpreis

des nicht ausgeschiedenen Billigstbieters) :

Gesamtpreis des jeweiligen Bieters) x (100)

x Gewichtung)

2 Ästhetik

3 Firmenneutrale Eignung zur Erweiterungs-
möglichkeit von angebotenen Leistungen.

4 X Angebotene Gewährleistungsfrist(en) 2 %

Anmerkung:

Die Bewertung der angebotenen Gewährleistungsfrist(en) erfolgt mittels nachstehender Formel:

Mindestgewährleistungsfrist: 73 Punkte

Pro angebotenem zusätzlichen Gewährleistungsjahr:

+ 9 Punkte (maximal + 27 Punkte *)-

Gewichtete Punkteermittlung = (jeweilige Gesamtpunkte) x (Gewichtung)

5 Sonstige Kriterien

*) Bei Aliquotierung

1. 19.Ziffer 19

Bei Punktegleichstand wird jenem Angebot der Vorzug gegeben, das im Zuschlagskriterium 'Angebotene Gewährleistungsfrist(en)' die höhere Punkteanzahl

erreicht hat."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Leistungsverzeichnis lautet auszugsweise:

VERGABE - LEISTUNGSVERZEICHNIS

Projektnummer: WALTL\HKLS\GUESSING\001 LV-Version: 27.08.2010

Bauvorhaben: MONTECUCCOLI KASERNE GÜSSING

LV\MONTECUCCOLI KASERNE\

LV797 - KASERNE GÜSSING\HKLS + MSR ÄNDERUN

Auftragsbezeichnung:

Ausschreibende Stelle: Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Hintere Zollamtstraße 1

A, 1030, Wien

...

Standardisierte Leistungsbeschreibung:

Dieses Leistungsverzeichnis (LV) wurde mit der Standardisierten Leistungsbeschreibung Haustechnik (LB-HT), Version 07, 2005-04, herausgegeben vom

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, erstellt.

Vertragsbestandteile, gültige Fassung:

Wenn im Einzelfall keine besonderen Regelungen gelten (vereinbart wurden), ist bei Richtlinien und

dergleichen, die ohne Ausgabedatum angeführt sind, jene Fassung maßgebend, die zum Zeitpunkt des Beginns der Angebotsfrist Gültigkeit hatte, ist keine Angebotsfrist angegeben, gilt das Datum des Angebotes.

Unklarheiten, Widersprüche:

Bei etwaigen Unklarheiten oder Widersprüchen in den Formulierungen des Leistungsverzeichnisses gilt

nachstehende Reihenfolge:

1. 1.Ziffer eins
Folgetext einer Position (vor dem zugehörigen Grundtext)
2. 2.Ziffer 2
Positionstext (vor Vertragsbestimmungen)
3. 3.Ziffer 3
Vertragsbestimmung der Unterleistungsgruppe
4. 4.Ziffer 4
Vertragsbestimmung der Leistungsgruppe
5. 5.Ziffer 5
Vertragsbestimmung der Leistungsbeschreibung

Kennzeichnung von Ergänzungen:

Etwaige frei formulierte Vertragsbestimmungen oder

Positionen im Leistungsverzeichnis sind gemäß ÖNORM B 2063 mit dem Herkunftskennzeichen Z gekennzeichnet. Positionen, die zwar unverändert aus der Leistungsbeschreibung übernommen wurden, die aber im Zusammenwirken mit geänderten Vertragsbestimmungen ein anderes Leistungsbild ergeben, sind ebenfalls mit dem Herkunftskennzeichen Z gekennzeichnet.

Material/Erzeugnis/Type:

Nachstehend werden Bauprodukte, wie Baumaterialien, Bauelemente, Bausysteme und dergleichen mit dem Begriff Material bezeichnet, für technische Geräte und Anlagenteile wird der Begriff Erzeugnis/Type verwendet.

Bieterangaben:

Zu den in den einzelnen Unterleistungsgruppen

angegebenen Positionen sind vom Bieter - soferne

vorgesehen - in den Bieterlücken angebotene

Materialien/Erzeugnisse/Typen genannt.

Die angebotenen Materialien/Erzeugnisse/Typen

entsprechen mindestens den in der Ausschreibung

bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Spezifikationen. Auf Verlangen des Auftraggebers weist der Bieter die in der Ausschreibung bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Spezifikationen vollständig nach (Erfüllung der Mindestqualität).

Die den Anforderungen entsprechenden angebotenen Materialien/Erzeugnisse/Typen gelten für den Fall des Zuschlages als Vertragsbestandteil. Nachträgliche

Änderungen sind nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Auftraggebers zulässig.

Wenn nicht anders angegeben, werden Eigenschaften, die über die Mindestqualität hinausgehen, vom Auftraggeber bei der Zuschlagsentscheidung nicht gewertet.

Beispielhafte Materialien/Erzeugnisse/Typen:

Sind im Leistungsverzeichnis zu den in den einzelnen Unterleistungsgruppen angegebenen Positionen zusätzlich beispielhafte Materialien/Erzeugnisse/Typen angeführt, können - soferne vorgesehen - in der jeweiligen

Bieterlücke gleichwertige Bauprodukte angeboten werden.

Die Kriterien der Gleichwertigkeit sind bei den

angegebenen Positionen beschrieben.

Auf Verlangen des Auftraggebers weist der Bieter die Erfüllung der Gleichwertigkeit vollständig nach.

Setzt der Bieter in die Bieterlücke keine Materialien/

Erzeugnisse/Typen seiner Wahl ein, gelten die beispielhaft genannten Bauprodukte als angeboten. Für die vom Auftraggeber genannten beispielhaften Bauprodukte gilt die Erfüllung der Kriterien auch ohne Nachweis als erbracht.

...

00 01 00.11 04 Ein Angebot gilt unbeschadet etwaiger Vorschriften in Gesetzen und Verordnungen, oder etwaiger Bestimmungen in der ÖNORM als vollständig, wenn es folgende Angaben und Unterlagen enthält:

00 01 00.11 04 A1 Vollständigkeit des Angebotes
Angaben des Bieters in allen vom Ausschreiber

vorgesehenen Preisfeldern im Leistungsverzeichnis und in etwaigen beigeschlossenen Formularen, sowie sonstige in der Ausschreibung verlangte Nachweise und Beilagen zum Angebot.

...

01 04 85 MSRL-AutoGer (Automatisierungsgeräte-Ebene)

...

1. 6.Ziffer 6

Systemkomponenten:

Wenn nicht anders angegeben, werden alle Systemkomponenten, wie Messwertgeber, Automatisierungs- und Stellgeräte einschließlich Software von einem Hersteller (Systemhalter) ausgeführt, oder Komponenten verwendet, die dieser empfiehlt. Technische Richtlinien des Systemhalters gelten als Vertragsbestandteil.

...

01 04 85.07 AutoGer-Zentraleinheiten

...

01 04 85.07 00 Das Verwenden nachstehend angebotener Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 85.07 wird vereinbart:

01 04 85.07 00 A Erzeugnis/Type zu 85.07 Wahl AN

Betrifft Position(en): Alle

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

...

01 04 87 MSRL-Peripherie

...

1. 6.Ziffer 6

Systemkomponenten:

Wenn nicht anders angegeben, werden alle Systemkomponenten, wie Messwertgeber, Automatisierungs- und Stellgeräte einschließlich Software von einem Hersteller (Systemhalter) ausgeführt, oder Komponenten verwendet, die dieser empfiehlt.

...

01 04 87.01 Messwertgeber für Temperatur

01 04 87.01 00 Das Verwenden nachstehend angebotener

Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 87.01 wird vereinbart:

01 04 87.01 00 A Erzeugnis/Type zu 87.01 Wahl AN

Betrifft Position(en): Alle.

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

...

01 04 87.03 Messwertgeber für Druck

01 04 87.03 00 Das Verwenden nachstehend angebotener

Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 87.03 vereinbart:

01 04 87.03 00 A Erzeugnis/Type zu 87.03 Wahl AN

Betrifft Position(en): Alle.

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

...

01 04 87.06 Binäre Regler, Wächter und Begrenzer

...

01 04 87.06 00 Das Verwenden nachstehend angebotener

Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 87.06 vereinbart:

01 04 87.06 00 A Erzeugnis/Type zu 87.06 Wahl AN

Betrifft Position(en): Alle.

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

...

01 04 87.07 Stellgeräte elektrisch

...

01 04 87.07 00 Das Verwenden nachstehend angebotener

Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 87.07 vereinbart:

01 04 87.07 00 A Erzeugnis/Type zu 87.07 Wahl AN

Betrifft Position(en): Alle.

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

...

01 04 87.08 Stellantriebe für lufttechnische Geräte

...

01 04 87.08 00 Das Verwenden nachstehend angebotener Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 87.08 vereinbart:

01 04 87.08 00 A Erzeugnis/Type zu 87.08 Wahl AN

Betrifft Position(en): Alle.

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

...

01 04 88 MSRL-Schaltschrank

...

01 04 88.01 Gehäuse und Zubehör

...

01 04 88.01 00 Das Verwenden nachstehend angebotener

Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 88.01 vereinbart:

01 04 88.01 00 A Erzeugnis/Type zu 88.01 Wahl AN

Betrifft Position(en): Alle.

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

...

03 04 62 Wasseraufbereitungsanlagen

...

03 04 62.01 Filteranlagen

...

03 04 62.01 00 Das Verwenden nachstehend angebotener

Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 62.01 vereinbart:

03 04 62.01 00 A Erzeugnis/Type zu 66.01 Wahl AN

Betrifft Position(en): Alle.

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

...

03 04 62.02 Dosieranlagen

...

03 04 62.02 00 Das Verwenden nachstehend angebotener

Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 62.02 vereinbart:

03 04 62.02 00 A Erzeugnis/Type zu 66.02 Wahl AN

Betrifft Position(en): Alle.

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

...

03 04 62.03 Enthärtungsanlagen, Verschneidearmaturen 03 04 62.03 00 Das Verwenden nachstehend angebotener

Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 62.03 vereinbart:

03 04 62.03 00 A Erzeugnis/Type zu 66.03 Wahl AN

Betrifft Position(en): Alle.

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

...

03 05 87 MSRL-Peripherie

...

Systemkomponenten:

Wenn nicht anders angegeben, werden alle Systemkomponenten, wie Messwertgeber, Automatisierungs- und Stellgeräte einschließlich Software von einem Hersteller (Systemhalter) ausgeführt, oder Komponenten

verwendet, die dieser empfiehlt.

...

03 05 87.02 Messwertgeber für Feuchte

...

03 05 87.02 00 Das Verwenden nachstehend angebotener

Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 87.02 vereinbart:

03 05 87.02 00 A Erzeugnis/Type zu 87.02 Wahl AN

Betrifft Position(en): Alle.

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

...

03 05 87.06 Binäre Regler, Wächter und Begrenzer

...

03 05 87.06 00 Das Verwenden nachstehend angebotener

Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 87.06 vereinbart:

03 05 87.06 00 A Erzeugnis/Type zu 87.06 Wahl AN

Betrifft Position(en): Alle.

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

...

03 05 87.10 Sonstige Peripheriegeräte

03 05 87.10 00 Das Verwenden nachstehend angebotener

Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 87.10 vereinbart:

03 05 87.10 00 A Erzeugnis/Type zu 87.10 Wahl AN

Betrifft Position(en): Alle.

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

...

04 01 46 Heizkörper und Deckenstrahlplatten

...

04 01 46.09 Deckenstrahlplatten

...

04 01 46.09 00 Zusätzliche Vertragsbestimmungen

04 01 46.09 00 A Erzeugnis/Type zu 46.09 Wahl AN

Das Verwenden nachstehend angebotener Erzeugnisse/Typen
zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe
46.09 vereinbart:

Betrifft Position(en): 46.09

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

...

05 01 46 Heizkörper und Deckenstrahlplatten

...

05 01 46.09 Deckenstrahlplatten

Ständige Vertragsbestimmungen:

...

05 01 46.09 00 Zusätzliche Vertragsbestimmungen

05 01 46.09 00 A Erzeugnis/Type zu 46.09 Wahl AN

Das Verwenden nachstehend angebotener Erzeugnisse/Typen
zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe

46.09 vereinbart:

Betrifft Position(en): 46.09

Erzeugnis/Type nach Wahl des Auftragnehmers (AN).

Angeboten: ...

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Angabe des Produkts in den Positionen 85.07 00 A, 87.01 00 A, 87.07 00 A und 88.01 00 A in der Obergruppe 01 04 ist auch für die - jeweils gleichen - Positionen in den Untergruppen 85.07, 87.01, 87.07 und 88.01 in den Obergruppen 02 04, 03 05, 04 04, 05 05 und 06 06 von Bedeutung, da dort die gleichen Leistungen für andere Bauteile zu erbringen sind und weder Leitprodukte genannt sind noch Produkte angeboten werden können. Gleiches gilt für die Angabe eines Produkts in der Position 87.03 00 A in der Obergruppe 01 04, das auch für die Untergruppe 87.03 in den Obergruppen 02 04, 03 05 und 06 04 von Bedeutung ist. In der Position 87.06 00 A in den Obergruppen 01 04 und 03 05 ist jeweils ein Produkt anzugeben. In den Untergruppe 87.06 in den Obergruppen 02 04, 04 04, 05 05 und 06 04 sind diese Produkte ohne nähere Spezifikation auch anzubieten. In der Position 87.06 00 A in der Obergruppe 03 05 ist ein Produkt für Untergruppe 87.06 in den Obergruppen 03 05 und 06 04 anzubieten. Gleiches gilt für die Position 87.100 00 A in der Obergruppe 03 05. Es ist ein Produkt für die Untergruppe 87.100 in den Obergruppen 03 05 und 04 04 anzubieten. Die Position 46.09 00 A findet sich in den Obergruppen 04 01 und 05 01 und verlangt die Nennung eines Produkts für die Leistungsgruppe 46.09.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Eine Zuschlagserteilung ist nur durch Schlussbrief, nur durch einseitige Erklärung beabsichtigt. Die Ausschreibung enthält keine Geringfügigkeitsgrenze für das Ausfüllen von "echten Bieterlücken". (Aussage von H***, Vertreter der Auftraggeberin, in der mündlichen Verhandlung)

Am 29. Jänner 2010, 10.00 Uhr, fand die Angebotsöffnung statt. Dabei wurden alle elf abgegebenen Angebote geöffnet. Das Angebot der A***, der Antragstellerin, war mit einer Angebotssumme von Euro 3.827.175,78 ohne USt das billigste. Sie bot eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist um drei Jahre an. Das Angebot der B*** Haustechnik GmbH, FN 233021 d, der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, war mit einer Angebotssumme von Euro 3.884.814,56 ohne USt das zweitbilligste. Sie bot eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist um ein Jahr an. Im "Angebots-Eingangsverzeichnis und Niederschrift zur Angebotsöffnung" betitelten Dokument ist sie als B*** GmbH bezeichnet. Die Eintragungen der Eingänge der Angebote sind mit unterschiedlichen Handschriften geschrieben. Diese unterscheiden sich auch von der Schrift, mit der die verlesenen Inhalte der Angebote geschrieben wurden. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die B*** Haustechnik GmbH wurde am 12. März 2003 zu FN ***** * im Firmenbuch eingetragen. Mit Eintragung vom 8. April 2003 wurde ihre Firma in I*** GmbH geändert. Die B*** GmbH in Liquidation war unter FN ***** * im Firmenbuch eingetragen. Die Löschung der Firma wurde 5. Mai 2007 im Firmenbuch eingetragen. Sie war persönlich haftende Gesellschafterin der B*** GmbH & Co.KG, die unter FN ***** * im Firmenbuch eingetragen war. Ihre Ersteintragung im Handelsregister erfolgte als B***-J*** Gesellschaft m.b.H. & Co. KG am 20. Juli 1921 zu HRA ***** des LG für ZRS Graz. Die Löschung ihrer Firma wurde am 30. April 2003 im Firmenbuch eingetragen. Gleichzeitig wurde sie mit Einbringungsvertrag vom 21. März 2003 in die B*** Haustechnik GmbH FN ***** * eingebracht. Mit Spaltungs- und Übernahmevertrag vom 4. Juli 2003 wurde der Betrieb der B*** Haustechnik GmbH, FN ***** *, in die I*** GmbH übertragen. Gleichzeitig wurde die Firma der am 30. April 2003 ins Firmenbuch eingetragene B*** Haustechnik GmbH, FN ***** *, in B*** Immobilien GmbH geändert und die Firma der I**** GmbH, FN ***** *, in B*** Haustechnik GmbH geändert. Diese Vorgänge wurden am 14. November 2003 ins Firmenbuch eingetragen. Alle genannten Firmen haben die Geschäftsadresse ****, **** *****. (Amtliche Einschau im offenen Firmenbuch, Auszüge OZ 27)

Das Begleitschreiben zum Angebot der Antragstellerin lautet auszugsweise wie folgt:

"Erklärungen:

Sollten die von uns genannten Erzeugnisse nach Sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis als angeboten.

Angebotspositionen welche mit Wert 0,00 ausgefüllt wurden, gelten als in den Einheitspreisen eingerechnet."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin hat in den Positionen 01 04 85.07 00 A, 01 04 87 01.00 A, 01 04 87.03 00 A, 01 04 87.06 00 A, 01 04 87.07 00 A, 01 04 87.08 00 A, 01 04 88.01 00 A, 03 04 62.01 00 A, 03 04 62.02 00 A, 03 04 62.03 00 A, 03 05 87.02 00 A, 03 05 87.06 00 A, 03 05 87.10 00 A, 04 01 46.09 00 A und 05 01 46.09 00 A kein Produkt angeboten. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die betroffenen Bauteile betreffen auch die Steuerung MSR, nicht nur Fühler. Der Schaltschrank enthält nicht nur das Gehäuse. In der Ausschreibung sollte nach Möglichkeit ein System durchgezogen werden. (Aussage von K***, Mitarbeiter der Auftraggeberin, in der mündlichen Verhandlung)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. Die Angebote wurden noch nicht geöffnet. (Stellungnahme der Auftraggeber)

Die Auftraggeberin forderte die Antragstellerin mit Telefax vom 2 Februar 2010, 13.22 Uhr, zur Verbesserung auf. Es lautet auszugsweise wie folgt:

"Betreff: Aufklärungsschreiben zu Zahl 17,2011460-PB02/09 Ort/Bauvorhaben/Bauteil: 7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne

Ausschreibungsgegenstand: HKLS + MSR

Im Rahmen der Prüfung Ihres Angebotes wurden nachstehende Unklarheiten bzw. Mangel bzw. das Fehlen folgender Unterlagen/Nachweise festgestellt:

Zu Subuntemehmer E***:

.) Firmenbuchauszug

.) Gewerbeschein od. Konzession

.) Daten des Steuerkonto v. Finanzamt od. Lastschriftanzeige

vom FA

.) Letztgültiger Kontoauszug von der Sozialversicherungsanstalt .) Bankauskunft

Wir ersuchen daher um eine verbindliche schriftliche Aufklärung mit nachvollziehbarer Begründung bzw. die va. Mängel zu beheben bzw. um Übermittlung der fehlenden Unterlagen/Nachweise bis 08.02.2010 da ansonsten Ihr Angebot gem. § 129 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2008 ausgeschieden werden kann."Wir ersuchen daher um eine verbindliche schriftliche Aufklärung mit nachvollziehbarer Begründung bzw. die va. Mängel zu beheben bzw. um Übermittlung der fehlenden Unterlagen/Nachweise bis 08.02.2010 da ansonsten Ihr Angebot gem. Paragraph 129, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2008 ausgeschieden werden kann."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens; Beilage ./3 zum Nachprüfungsantrag)

Die Antragstellerin legte die geforderten Unterlagen mit E-Mail vom 3. Februar 2010 vor. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die "Niederschrift über die Prüfung der Angebote gemäß § 123 ff BVergG 2006" erstellt von der "Herresbauverwaltung OST, Schnirchgasse 9, 1030 Wien" über die Angebotsprüfung lautet auszugsweise wie folgt:Die "Niederschrift über die Prüfung der Angebote gemäß Paragraph 123, ff BVergG 2006" erstellt von der "Herresbauverwaltung OST, Schnirchgasse 9, 1030 Wien" über die Angebotsprüfung lautet auszugsweise wie folgt:

"sonstige Feststellungen des Prüforgans Ref. BWB:

Zu Firma A***: Die Firma hat dem Angebot diverse Nachweise

beigelegt, sie wurde jedoch auch über ANKÖ überprüft und weist

kein Risiko auf.

Zu Subunternehmer E***:

Da die Firma über ANKÖ nicht überprüft werden konnte, erging ein Auklärungsfax betreffend fehlender Nachweise am

02.02.2010 an die Firma A***.

Die fehlenden Unterlagen wurden am 03.02.2010 von der Firma per Mail übermittelt.

Zu Firma B*** GmbH: Die Firma hat dem Angebot diverse Nachweise beigelegt, sie wurde jedoch auch über ANKÖ überprüft und weist kein Risiko auf.

Zu Subunternehmer L***:

Es wurden alle Nachweise von der Firma dem Angebot beigelegt.

...

Eine Auskunft bezüglich Ausländerbeschäftigungsgesetz für die Firmen E*** und L*** wurde beim BMF/M***' veranlasst. Die Auskunft wurde am 04.02.2010 vom BMF per Fax übermittelt.

...

Nach der formellen und rechnerischen Prüfung wird seitens Ref BWB die Fa. A*** zur Vergabe vorgeschlagen.

Wien, am 02.02, und 05.02.2010"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die "Niederschrift über die Prüfung der Angebote gemäß § 123 ff BVergG 2006 sowie ÖNORM A 2050 Pkt 4,3 (Ausgabe 1957)" erstellt von der Heeresbauverwaltung Süd, Pappenheimgasse 12, 8010 Graz, lautet auszugsweise wie folgt: Die "Niederschrift über die Prüfung der Angebote gemäß Paragraph 123, ff BVergG 2006 sowie ÖNORM A 2050 Pkt 4,3 (Ausgabe 1957)" erstellt von der Heeresbauverwaltung Süd, Pappenheimgasse 12, 8010 Graz, lautet auszugsweise wie folgt:

"sonst. Feststellungen des Prüforgans der Fachabteilung (BauAbt/BWT):

Bei der fachtechnischen Prüfung des Bieters A (Firma A***) wurden Mängel gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG festgestellt. In Positionen mit frei wählbarer Fabrikatswahl wurden keine Fabrikatsangaben gemacht. Der Bieter A ist daher nach fachtechnischer Prüfung auszuscheiden, da es sich dabei um Mängel handelt, welche nicht behebbar sind. Bei der fachtechnischen Prüfung des Bieters A (Firma A***) wurden Mängel gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG festgestellt. In Positionen mit frei wählbarer Fabrikatswahl wurden keine Fabrikatsangaben gemacht. Der Bieter A ist daher nach fachtechnischer Prüfung auszuscheiden, da es sich dabei um Mängel handelt, welche nicht behebbar sind.

Die formelle und rechnerische Prüfung hat den Bieter A zur Vergabe vorgeschlagen. Die Prüfung des Bieter B, hat bei der fachtechnischen Prüfung keine Mängel ergeben (alle zur klärenden Produktangaben konnten positiv erledigt werden (siehe beiliegende Prüfliste sowie den Ordner in GELB mit den Produkterläuterungen). Auf die Prüfung Bieter C und D (der weiteren Angebote) konnte daher verzichtet werden.

Der Bieter B hat zur Mindestgewährleistungsfrist, drei weitere Jahr Gewährleistung angeboten.

Durch BWT der HBVS könnte nach der Prüfung fachtechnischer Prüfung der Bieter B zur Vergabe vorgeschlagen werden.

DA D

Graz, am 31. Mai 2010

..."

Im Anhang finden sich Bieterlückenverzeichnisse für die Angebote der Antragstellerin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Bei jeder Bieterlücke sind die Positionsnummer, das Leitprodukt oder der Vermerk "keine Vorgabe", das angebotene Produkt, eine Aussage, ob ein Datenblatt vorhanden ist, und das Ergebnis der Prüfung vermerkt. Bei der Antragstellerin ist bei den Positionen 01 04 85.07 00 A, 01 04 87 01.00 A, 01 04 87.03 00 A, 01 04 87.06 00 A, 01 04 87.07 00 A, 01 04 87.08 00 A, 01 04 88.01 00 A, 03 04 62.01 00 A, 03 04 62.02 00 A, 03 04 62.03 00 A, 03 05 87.02 00 A, 03 05 87.06 00 A, 03 05 87.10 00 A, 04 01 46.09 00 A und 05 01 46.09 00 A in roter Farbe "KEINE ANGABEN" vermerkt. In den Positionen 02 03 60.08 00 B, 03 02 51.11 03 0 Z und 06 03 60.08 00 B ist in roter Farbe "nicht lesbar" angemerkt. In den Positionen 01 02 50.03 00 A, 01 02 50.10 00 A, 02 02 50.03 00 A, 02 02 50.10 00

A, 03 02 76.40 01 0 Z, 03 04 66.35 00 A, 03 04 66.36 00 A, 03 04 66.45 00 A, 04 01 47.01 00 A, 04 02 50.03 00 A und 04 03 66.35 00 A, in denen kein Produkt vorgegeben war, bot die Antragstellerin jeweils ein Produkt an. Eine Prüfung, ob ein Datenblatt vorliegt, und die Prüfung des angebotenen Produkts fanden nicht statt. Bei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ist bei allen angebotenen Produkten vermerkt, dass ein Datenblatt "vorhanden" ist und das Produkt "in Ordnung" ist.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberin teilte der Antragstellerin mit Telefax vom 9. August 2010, 13.43 Uhr, die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung mit. Es lautet auszugsweise wie folgt:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Es ist beabsichtigt, den Zuschlag an die Firma B*** GmbH zu erteilen.

Die Vergabesumme beträgt Euro 3.884.817,56 (zuzügl. gesetzl. USt.). Die Fa. B*** GmbH wurde entsprechend dem der Ausschreibung beiliegenden Formblatt 'Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen' unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien (98 % Gesamtpreis, 2 % Gewährleistung) als Bestbieter ermittelt.

Ihr Angebot konnte bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden, da es leider auszuschneiden war, da Mängel gemäß §129 Abs 1 Z 7 BVergG festgestellt wurden. In Positionen mit frei wählbarer Fabrikatswahl wurden keine Fabrikatsangaben gemacht. Ihr Angebot konnte bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden, da es leider auszuschneiden war, da Mängel gemäß §129 Absatz eins, Ziffer 7, BVergG festgestellt wurden. In Positionen mit frei wählbarer Fabrikatswahl wurden keine Fabrikatsangaben gemacht.

Die Stillhaltefrist gemäß § 132 BVergG 2006 endet am 23. August 2010 Die Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, BVergG 2006 endet am 23. August 2010.

Wir bedanken uns für die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren und verbleiben"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens; Beilage ./4 zum Nachprüfungsantrag)

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

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 7.782. (Gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Zeugenaussagen wurden nur insofern berücksichtigt, als sie glaubhaft und widerspruchsfrei waren und unbestritten blieben. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1 Anzuwendendes Recht

§ 345 BVergG 2006, BGBl I 17/2006 idF BGBl I 15/2010 lautet: Paragraph 345, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 15 aus 2010, lautet:

Inkrafttretens-, Außerkrafttretens- und Übergangsvorschriften

§ 345. (1) ...Paragraph 345, (1) ...

1. (14) Absatz 14, Für das Inkrafttreten der durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 15/2010 neu gefassten Bestimmungen und für das Außerkrafttreten der durch dieses Bundesgesetz aufgehobenen Bestimmungen gilt Folgendes: Für das Inkrafttreten der durch das Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, neu gefassten Bestimmungen und für das Außerkrafttreten der durch dieses Bundesgesetz aufgehobenen Bestimmungen gilt Folgendes:

1. 1.Ziffer eins

...

2. 2.Ziffer 2

Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 15/2010 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage. Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

3. 3.Ziffer 3

...

Die Novelle 2009, BGBl. I 15/2010, wurde am 4. März 2010 im Bundesgesetzblatt verlautbart und trat am 5. März 2010 in Kraft. Das Vergabeverfahren wurde durch die Absendung der Bekanntmachung am 11. Dezember 2009 eingeleitet. Das Vergabeverfahren wurde somit vor Inkrafttreten der Novelle 2009 eingeleitet. Es ist nach der vor Inkrafttreten der Novelle 2009 geltenden Rechtslage zu führen und zu beurteilen. Das Nachprüfungsverfahren wurde nach dem Inkrafttreten der Novelle 2009 eingeleitet. Es ist nach den Regeln des BVergG idF Novelle 2009 zu führen (ständige Rechtsprechung zB BVA 28. 7. 2010, N/0051-BVA/10/2010-37). Die Novelle 2009, Bundesgesetzblatt Teil eins, 15 aus 2010,, wurde am 4. März 2010 im Bundesgesetzblatt verlautbart und trat am 5. März 2010 in Kraft. Das Vergabeverfahren wurde durch die Absendung der Bekanntmachung am 11. Dezember 2009 eingeleitet. Das Vergabeverfahren wurde somit vor Inkrafttreten der Novelle 2009 eingeleitet. Es ist nach der vor Inkrafttreten der Novelle 2009 geltenden Rechtslage zu führen und zu beurteilen. Das Nachprüfungsverfahren wurde nach dem Inkrafttreten der Novelle 2009 eingeleitet. Es ist nach den Regeln des BVergG in der Fassung Novelle 2009 zu führen (ständige Rechtsprechung zB BVA 28. 7. 2010, N/0051-BVA/10/2010-37).

3.2 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (ständige Rechtsprechung zB VfGH 12. 6. 2001, B 2600/97, VfSlg 16166; VfGH 25. 9. 2001, B 752/99, VfSlg 16.266; VfGH 21. 6. 2004, B 433/02, VfSlg 17.229; Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (ständige Rechtsprechung zB VfGH 12. 6. 2001, B 2600/97, VfSlg 16166; VfGH 25. 9. 2001, B 752/99, VfSlg 16.266; VfGH 21. 6. 2004, B 433/02, VfSlg 17.229;

VfGH 7. 3. 2006, B 1417/03; BVA 19. 6. 2008, N/0060-BVA/08/2008-21;

6. 7. 2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 24. 9. 2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 16. 12. 2008, N/0160-BVA/10/2008-12;

5. 1. 2009, N/0153-BVA/03/2008-23, RPA 2009, 86 [Stiefelmeyer] =

ZVB-LSK 2009/13 = ZVB-LSK 2009/14; 5. 3. 2010,

N/0131-BVA/14/2009-35; 7. 4. 2010, N/0012-BVA/12/2010-16;

15. 6. 2010, N/0038-BVA/10/2010-44). Da sie zur Gänze im Bundeseigentum steht, fallen ihre Auftragsvergaben unter Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. 15. 6. 2010, N/0038-BVA/10/2010-44). Da sie zur Gänze im Bundeseigentum steht, fallen ihre Auftragsvergaben unter Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im

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

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

3.3 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Die Antragstellerin hat jederzeit die Legitimation, die sie betreffende Ausscheidensentscheidung anzufechten. Da die Zuschlagsentscheidung zusammen mit der Ausscheidensentscheidung mitgeteilt wurde, ist sie gemäß § 320 Abs 2 BVergG befugt, diese gemeinsam anzufechten. Weiters ist evident, dass die Antragstellerin bei Anwendung der Zuschlagskriterien der Ausschreibung Bestbieterin wäre, wäre sie nicht ausgeschieden worden. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Die Antragstellerin hat jederzeit die Legitimation, die sie betreffende Ausscheidensentscheidung anzufechten. Da die Zuschlagsentscheidung zusammen mit der Ausscheidensentscheidung mitgeteilt wurde, ist sie gemäß Paragraph 320, Absatz 2, BVergG befugt, diese gemeinsam anzufechten. Weiters ist evident, dass die Antragstellerin bei Anwendung der Zuschlagskriterien der Ausschreibung Bestbieterin wäre, wäre sie nicht ausgeschieden worden.

Im Ergebnis ist daher der Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Es liegt kein Grund für die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags gemäß § 322 Abs 2 BVergG vor. Im Ergebnis ist daher der Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Es liegt kein Grund für die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG vor.

3.4 Parteistellung der B*** Haustechnik GmbH

Die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2006 lauten:

Parteien des Nachprüfungsverfahrens

§ 324. (1) ...Paragraph 324, (1) ...

1. (3) Absatz 3, Der in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter verliert seine Parteistellung, wenn er seine begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (§ 323 Abs. 4) erhebt. Andere Parteien im Sinne des Abs. 2 verlieren ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach § 323 Abs. 1 erheben. Sofern eine mündliche Verhandlung vor Ablauf dieser Fristen stattfindet, können die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden. § 42 Abs. 3 AVG gilt sinngemäß. Der in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter verliert seine Parteistellung, wenn er seine begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (Paragraph 323, Absatz 4,) erhebt. Andere Parteien im Sinne des Absatz 2, verlieren ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach Paragraph 323, Absatz eins, erheben. Sofern eine mündliche Verhandlung vor Ablauf dieser Fristen

stattfindet, können die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden. Paragraph 42, Absatz 3, AVG gilt sinngemäß.

2. (4) Absatz 4,...

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend: Paragraph 2, Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

...

1. 5. Ziffer 5

Angebotshauptteil ist jener Angebotsbestandteil, der zumindest folgende Angaben enthalten muss:

1. a) Litera a

Name (Firma, Geschäftsbezeichnung) und Geschäftssitz des Bieters; bei Arbeitsgemeinschaften die Nennung eines zum Abschluss und zur Abwicklung des Vergabeverfahrens und des Vertrages bevollmächtigten Vertreters unter Angabe seiner Adresse,

...

1. 13. Ziffer 13

Bieter ist ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern, der ein Angebot eingereicht hat.

...

Inhalt der Angebote

§ 108. (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten: Paragraph 108, (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

1. Name (Firma, Geschäftsbezeichnung) und Geschäftssitz des Bieters; bei Arbeitsgemeinschaften die Nennung eines zum Abschluss und zur Abwicklung des Vergabeverfahrens und des Vertrages bevollmächtigten Vertreters unter Angabe seiner Adresse; schließlich die (elektronische) Adresse jener Stelle, die zum Empfang der Post berechtigt ist;

...

Öffnung der Angebote

§ 118. (1) Bei offenen und bei nicht offenen Verfahren sind die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen. Die Öffnung hat durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter sind grundsätzlich berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen. Sie dürfen nur aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist die Öffnung durch eine aus mindestens drei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers bestehende Kommission vorzunehmen. Paragraph 118, (1) Bei offenen und bei nicht offenen Verfahren sind die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen. Die Öffnung hat durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter sind grundsätzlich berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen. Sie dürfen nur aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist die Öffnung durch eine aus mindestens drei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers bestehende Kommission vorzunehmen.

1. (2) Absatz 2,...

2. (3) Absatz 3, Vor dem Öffnen eines Angebotes ist festzustellen, ob es ungeöffnet und vor Ablauf der Angebotsfrist eingelangt ist. Nach Ablauf der Angebotsfrist eingelangte Angebote sind als verspätet eingelangt zu kennzeichnen und, ausgenommen dies ist zur Feststellung der Identität des Bieters für die Verständigung gemäß § 129 Abs. 3 erforderlich, nicht zu öffnen. Vor dem Öffnen eines Angebotes ist festzustellen, ob es ungeöffnet und vor Ablauf der Angebotsfrist eingelangt ist. Nach Ablauf der Angebotsfrist eingelangte Angebote sind als verspätet eingelangt zu kennzeichnen und, ausgenommen dies ist zur Feststellung der Identität des Bieters für die Verständigung gemäß Paragraph 129, Absatz 3, erforderlich, nicht zu öffnen.

3. (4) Absatz 4, Die geöffneten Angebote sind in der Reihenfolge, in der sie in das Eingangsverzeichnis eingetragen wurden, mit fortlaufenden Nummern zu versehen. Es ist festzustellen, ob das Angebot unterfertigt ist, aus wie vielen Teilen es besteht und ob die als Anlagen angeführten sowie in der Ausschreibung verlangten Bestandteile des Angebotes (zB Kalkulationsunterlagen, Nachweis des Vadiums) tatsächlich vorhanden sind. Alle bei der

Öffnung des Angebotes vorliegenden Teile sind während der Angebotsöffnung von der Kommission so eindeutig zu kennzeichnen, zB so zu lochen, dass ein nachträgliches Auswechseln feststellbar wäre.

4. (5) Absatz 5, Aus den Angeboten - auch Alternativ- und Abänderungsangeboten - sind folgende Angaben vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten:

1. 1. Ziffer eins

Name und Geschäftssitz des Bieters;

2. 2. Ziffer 2

...

Wirksamkeit des Zuschlages

§ 133. Während der Zuschlagsfrist kommt das Vertragsverhältnis zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem der Bieter die schriftliche Verständigung von der Annahme seines Angebotes erhält. Wird die Zuschlagsfrist überschritten, so entsteht das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, dass er den Auftrag annimmt. Zur Abgabe dieser Erklärung ist dem Bieter eine angemessene Frist zu setzen. Form des Vertragsabschlusses Paragraph 133, Während der Zuschlagsfrist kommt das Vertragsverhältnis zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem der Bieter die schriftliche Verständigung von der Annahme seines Angebotes erhält. Wird die Zuschlagsfrist überschritten, so entsteht das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, dass er den Auftrag annimmt. Zur Abgabe dieser Erklärung ist dem Bieter eine angemessene Frist zu setzen. Form des Vertragsabschlusses

§ 134. (1) Der Zuschlag ist durch Auftragsschreiben, Bestellschein oder Schlussbrief zu erteilen. Der Auftraggeber kann vom Auftragnehmer eine unterfertigte Auftragsbestätigung (Gegenschlussbrief) verlangen. Paragraph 134, (1) Der Zuschlag ist durch Auftragsschreiben, Bestellschein oder Schlussbrief zu erteilen. Der Auftraggeber kann vom Auftragnehmer eine unterfertigte Auftragsbestätigung (Gegenschlussbrief) verlangen.

1. (2) Absatz 2,...

Die B*** Haustechnik GmbH legte ein Angebot unter Nennung ihrer Firmenbuchnummer. Sie ist daher Bieterin iSd § 2 Z 13 BVergG. Bei der Angebotsöffnung wurde ein Angebot der B*** GmbH verlesen. In der Zuschlagsentscheidung wurde die B*** GmbH als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin genannt. Die B*** GmbH wurde im Jahr 2007 im Firmenbuch gelöscht. Die B*** Haustechnik GmbH, Eggenberger Straße 16, 8020 Graz, erhob begründete Einwendungen. Damit beehrte sie gemäß § 324 Abs 3 BVergG den Erhalt der Parteistellung. Die B*** Haustechnik GmbH legte ein Angebot unter Nennung ihrer Firmenbuchnummer. Sie ist daher Bieterin iSd Paragraph 2, Ziffer 13, BVergG. Bei der Angebotsöffnung wurde ein Angebot der B*** GmbH verlesen. In der Zuschlagsentscheidung wurde die B*** GmbH als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin genannt. Die B*** GmbH wurde im Jahr 2007 im Firmenbuch gelöscht. Die B*** Haustechnik GmbH, Eggenberger Straße 16, 8020 Graz, erhob begründete Einwendungen. Damit beehrte sie gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG den Erhalt der Parteistellung.

Die Verlesung der Angebote gemäß § 118 Abs 5 BVergG dient der Transparenz und der Vermeidung von Manipulationen (VwGH 21. 12. Die Verlesung der Angebote gemäß Paragraph 118, Absatz 5, BVergG dient der Transparenz und der Vermeidung von Manipulationen (VwGH 21. 12.

2004, 2004/04/0100, VwSlg 16519 A/2004 = RdW 2005/567 = RPA

2005, 98 [Latzenhofer] = ZVB 2005/41 [Pachner] = ZVB-LSK

2005/42). Eine Manipulation käme nur dann in Frage, wenn der

Bieter und damit der zukünftige Vertragspartner nicht eindeutig

feststände. (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]).

Wie im Sachverhalt dargelegt wurden bei der Angebotsöffnung sowohl die unvollständige Firma als auch der Firmensitz der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin verlesen und protokolliert. Die verlesene Firma und die am Angebot befindliche Firma weisen den gleichen Familiennamen auf. Auch ist der Sitz derselbe. Es ist davon auszugehen, dass beteiligte Verkehrskreis unter dem Namen B***, unter dem zumindest seit 1921 gleichartige Leistungen angeboten werden, eindeutig die Bieterin verstehen. Da §§ 2 Z 5 und 108 Abs 1 Z 1 BVergG erkennen

lassen, dass der im Angebot anzugebende Name nicht auf die Firma beschränkt ist, sondern etwa auch Geschäftsbezeichnungen. Wie im Sachverhalt dargelegt wurden bei der Angebotsöffnung sowohl die unvollständige Firma als auch der Firmensitz der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin verlesen und protokolliert. Die verlesene Firma und die am Angebot befindliche Firma weisen den gleichen Familiennamen auf. Auch ist der Sitz derselbe. Es ist davon auszugehen, dass beteiligte Verkehrskreis unter dem Namen B***, unter dem zumindest seit 1921 gleichartige Leistungen angeboten werden, eindeutig die Bieterin verstehen. Da Paragraphen 2, Ziffer 5 und 108 Absatz eins, Ziffer eins, BVergG erkennen lassen, dass der im Angebot anzugebende Name nicht auf die Firma beschränkt ist, sondern etwa auch Geschäftsbezeichnungen

zulässt (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]), scheint dem Bundesvergabeamt eine Verwechslung ausgeschlossen. Es besteht nach obigem keine Verwechslungsgefahr, da an der angegebenen Adresse lediglich eine Gesellschaft ihren Sitz hat, die - nicht zuletzt wegen des Beisatzes in ihrer Firma - eindeutig als Bieterin in Frage kommt. Wie eine nicht existente Firma ein Angebot abgegeben haben soll, ist dem Bundesvergabeamt nicht erkennbar.

Die Gefahr, dass bei Annahme des Angebots der Vertrag mit einer nicht existenten Gesellschaft geschlossen würde, besteht nicht. Der Vertragsabschluss erfolgt gemäß §§ 133 und 134 Abs 1 BVergG durch Annahme des Angebots durch eine Erklärung der Auftraggeberin, die allenfalls einer Bestätigung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin bedarf. Im Angebot selbst ist jedoch die richtige Firma der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin genannt. Der Vertrag würde daher durch die Erklärung der Auftraggeberin mit der existenten B*** Haustechnik GmbH abgeschlossen werden. Die Gefahr, dass bei Annahme des Angebots der Vertrag mit einer nicht existenten Gesellschaft geschlossen würde, besteht nicht. Der Vertragsabschluss erfolgt gemäß Paragraphen 133 und 134 Absatz eins, BVergG durch Annahme des Angebots durch eine Erklärung der Auftraggeberin, die allenfalls einer Bestätigung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin bedarf. Im Angebot selbst ist jedoch die richtige Firma der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin genannt. Der Vertrag würde daher durch die Erklärung der Auftraggeberin mit der existenten B*** Haustechnik GmbH abgeschlossen werden.

Aus dem obigen ergibt sich, dass keine Manipulationsgefahr

besteht. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ist

daher eindeutig bezeichnet. Eine andere Sichtweise würde

überspitzten Formalismus darstellen (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]). Der B*** Haustechnik GmbH kommt daher Parteistellung zu.

3.5 Zum Antrag auf Nichtigerklärung

der Ausscheidensentscheidung - Spruchpunkt I. der Ausscheidensentscheidung - Spruchpunkt römisch eins.

Die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2006 lauten:

Erstellung eines Leistungsverzeichnisses

§ 97. (1) Bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung sind umfangreiche Leistungen in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern. Der Aufgliederung hat eine zusammenfassende Beschreibung der Gesamtleistung voranzugehen. Paragraph 97, (1) Bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung sind umfangreiche Leistungen in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern. Der Aufgliederung hat eine zusammenfassende Beschreibung der Gesamtleistung voranzugehen.

1. (2) Absatz 2, Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.

2. (3) Absatz 3, Im Übrigen sind bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses nachstehende Festlegungen zu beachten:

1. 1. Ziffer eins

die Gesamtleistung ist so aufzugliedern, dass unter den einzelnen Ordnungszahlen (Positionen) nur Leistungen gleicher Art und Preisbildung aufscheinen, die auf Grund von Projektunterlagen oder anderen Angaben so genau wie möglich mengenmäßig zu bestimmen sind. Leistungen, die einmalige Kosten verursachen, sind, soweit dies branchenüblicher Preisermittlung entspricht, von solchen, die zeit- oder mengenabhängige Kosten bewirken, in

getrennten Positionen zu erfassen;

1. 2. Ziffer 2

die Zusammenfassung von zusammengehörenden Leistungen verschiedener Art und Preisbildung in einer Position, insbesondere von Haupt- und Nebenleistungen, darf nur dann erfolgen, wenn der Wert einer Leistung den Wert der anderen so übersteigt, dass der getrennten Preisangabe geringe Bedeutung zukommen würde. Die Übersicht sowie die genaue Beschreibung der Leistung darf durch die Zusammenfassung nicht beeinträchtigt werden. In besonderen Fällen sind jedoch Nebenleistungen, zB besondere

Vorarbeiten oder außergewöhnliche Frachtleistungen, in eigenen Positionen (Nebenleistungen als Hauptleistungen) zu erfassen;

1. 3. Ziffer 3

im Leistungsverzeichnis ist festzulegen, inwieweit die Preise zweckentsprechend aufzugliedern sind (zB Lohn, Sonstiges, Lieferung, Montage). Sind veränderliche Preise zu vereinbaren, so sind die Preise jedenfalls in

lohnbedingte und sonstige Preisanteile aufzugliedern;

1. 4. Ziffer 4

einzelne Leistungen können nach Art, Güte, Menge, Herkunft der Roh- und Hilfsstoffe, Erfüllungsort und dergleichen auch wahlweise in gesonderten Positionen ausgeschrieben werden (Wahlpositionen). Auch diese Leistungen sind in der vorgesehenen Menge dem Wettbewerb zu unterziehen und bei der Feststellung der Gesamtpreise für bestimmte ausgeschriebene Ausführungsvarianten zu berücksichtigen. Technische Spezifikationen

§ 98. (1) Technische Spezifikationen müssen für alle Bewerber und Bieter gleichermaßen zugänglich sein und dürfen den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern. Paragraph 98, (1) Technische Spezifikationen müssen für alle Bewerber und Bieter gleichermaßen zugänglich sein und dürfen den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern.

3. (2) Absatz 2, Unbeschadet der verbindlich festgelegten, gemeinschaftsrechtskonformen nationalen technischen Vorschriften sind technische Spezifikationen festzulegen

1. 1. Ziffer eins

unter Beachtung nachstehender Rangfolge:

1. a) Litera a

nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden,

2. b) Litera b

europäische technische Zulassungen,

3. c) Litera c

gemeinsame technische Spezifikationen,

4. d) Litera d

internationale Normen und andere technische Bezugssysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden, oder

5. e) Litera e

falls solche Normen und Spezifikationen fehlen, nationale Normen, nationale technische Zulassungen oder nationale technische Spezifikationen für die Planung, Berechnung und Ausführung von Bauwerken und den Einsatz von Produkten, wobei jede Bezugnahme ausnahmslos mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen ist, oder

2. 2.Ziffer 2

in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, oder

3. 3.Ziffer 3

in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen gemäß Z 2 unter Bezugnahme auf technische Spezifikationen gemäß Z 1 als Mittel zur Vermutung der Konformität mit diesen Leistungs- oder Funktionsanforderungen, oder in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen gemäß Ziffer 2, unter Bezugnahme auf technische Spezifikationen gemäß Ziffer eins, als Mittel zur Vermutung der Konformität mit diesen Leistungs- oder Funktionsanforderungen, oder

4. 4.Ziffer 4

unter Bezugnahme auf technische Spezifikationen gemäß Z 1 hinsichtlich bestimmter Merkmale und in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen hinsichtlich anderer Merkmale. unter Bezugnahme auf technische Spezifikationen gemäß Ziffer eins, hinsichtlich bestimmter Merkmale und in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen hinsichtlich anderer Merkmale.

4. (3) Absatz 3,...

5. (4) Absatz 4, Werden technische Spezifikationen in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen gemäß Abs. 2 Z 2 festgelegt, so darf der Auftraggeber ein Angebot, ein Alternativ- oder ein Abänderungsangebot, das einer nationalen Norm, mit der eine europäische Norm umgesetzt wird, oder einer europäischen technischen Zulassung, einer gemeinsamen technischen Spezifikation, einer internationalen Norm oder einem technischen Bezugssystem, das von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurde, entspricht, nicht ablehnen, wenn diese Spezifikationen die von ihm geforderten Leistungs- oder Funktionsanforderungen betreffen. Der Bieter muss in seinem Angebot oder in seinem Alternativ- oder Abänderungsangebot mit geeigneten Mitteln nachweisen, dass die der Norm entsprechende jeweilige Ware, Dienstleistung oder Bauleistung den Leistungs- und Funktionsanforderungen des Auftraggebers entspricht. Als geeignete Mittel gelten insbesondere eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle. Werden technische Spezifikationen in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen gemäß Absatz 2, Ziffer 2, festgelegt, so darf der Auftraggeber ein Angebot, ein Alternativ- oder ein Abänderungsangebot, das einer nationalen Norm, mit der eine europäische Norm umgesetzt wird, oder einer europäischen technischen Zulassung, einer gemeinsamen technischen Spezifikation, einer internationalen Norm oder einem technischen Bezugssystem, das von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurde, entspricht, nicht ablehnen, wenn diese Spezifikationen die von ihm geforderten Leistungs- oder Funktionsanforderungen betreffen. Der Bieter muss in seinem Angebot oder in seinem Alternativ- oder Abänderungsangebot mit geeigneten Mitteln nachweisen, dass die der Norm entsprechende jeweilige Ware, Dienstleistung oder Bauleistung den Leistungs- und Funktionsanforderungen des Auftraggebers entspricht. Als geeignete Mittel gelten insbesondere eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle.

6. (5) Absatz 5, Anerkannte Stellen im Sinne dieser Bestimmung sind jene Prüf- und Eichlaboratorien sowie Inspektions- und Zertifizierungsstellen, die den einschlägigen europäischen Normen entsprechen. Der Auftraggeber muss Bescheinigungen von in anderen Vertragsparteien des EWR ansässigen anerkannten Stellen anerkennen.

7. (6) Absatz 6,...

8. (7) Absatz 7, Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmer oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Solche Verweise sind ausnahmslos mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen.

9. (8) Absatz 8, Erfolgt ausnahmsweise die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz "oder gleichwertig", sind in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses nach der entsprechenden Position vom Bieter Angaben über Fabrikat und Type der von ihm gewählten gleichwertigen Produkte und, sofern gefordert, sonstige diese Produkte betreffende Angaben zu verlangen. Die maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit sind in der Beschreibung der Leistung anzugeben.

Ablauf des offenen Verfahrens

§ 101. (1) ...Paragraph 101, (1) ...

1. (4) Absatz 4, Während eines offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.

Allgemeine Bestimmungen

§ 106. (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Paragraph 106, (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

1. (2) Absatz 2,...
2. (3) Absatz 3, Angebote müssen sich auf die ausgeschriebene Gesamtleistung beziehen, es sei denn, dass in der Ausschreibung die Möglichkeit von Teilangeboten vorgesehen wurde. Ein gemäß der Ausschreibung unzulässiges Teilangebot ist mit einem unbehebbaen Mangel behaftet.
3. (7) Absatz 7, Erfolgt ausnahmsweise gemäß § 98 Abs. 7 und 8 die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz "oder gleichwertig", so kann der Bieter in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele genannten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat. Erfolgt ausnahmsweise gemäß Paragraph 98, Absatz 7 und 8 die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz "oder gleichwertig", so kann der Bieter in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele genannten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.
4. (8) Absatz 8, Während der Angebotsfrist kann der Bieter durch eine zusätzliche, rechtsgültig unterfertigte Erklärung sein Angebot ändern, ergänzen oder von demselben zurücktreten. Ergibt sich bei der Angebotsänderung oder -ergänzung ein neuer Gesamtpreis, ist auch dieser anzugeben. Die Angebotsänderung oder -ergänzung ist nach den für Angebote geltenden Vorschriften dem Auftraggeber zu übermitteln und von diesem wie ein Angebot zu behandeln. Der Rücktritt ist dem Auftraggeber zur Kenntnis zu bringen. In diesem Fall kann der Bieter die sofortige Rückstellung seines ungeöffneten Angebotes verlangen. Inhalt der Angebote

§ 108. (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten: Paragraph 108, (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

1. 1. Ziffer eins

Name (Firma, Geschäftsbezeichnung) und Geschäftssitz des Bieters; bei Arbeitsgemeinschaften die Nennung eines zum Abschluss und zur Abwicklung des Vergabeverfahrens und des Vertrages bevollmächtigten Vertreters unter Angabe seiner Adresse; schließlich die (elektronische) Adresse jener Stelle, die zum Empfang der Post berechtigt ist;

2. 2. Ziffer 2

Bekanntgabe der Subunternehmer, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt, unter Beilage des Nachweises, dass der Bieter über deren

Kapazitäten tatsächlich verfügt und der Auftraggeber die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Bekanntgabe aller Teile oder - sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat - nur der

wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter

jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt;

1. 3.Ziffer 3

...

2. 6.Ziffer 6

sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen oder Erklärungen;

3. 7.Ziffer 7

...

Vorgehen bei der Prüfung

§ 123. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.Paragraph 123, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

5. (2)Absatz 2,Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. 1.Ziffer eins

ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurdepb den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;

2. 2.Ziffer 2

nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;nach Maßgabe des Paragraph 70, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;

3. 3.Ziffer 3

ob das Angebot rechnerisch richtig ist;

4. 4.Ziffer 4

die Angemessenheit der Preise;

5. 5.Ziffer 5

ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 126. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.Paragraph 126, (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

6. (2)Absatz 2,Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 nicht verletzen.Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 nicht verletzen.

7. (3)Absatz 3,...

8. (4)Absatz 4,Rechnerisch fehlerhafte Angebote sind, sofern dies in der Ausschreibung festgelegt wurde, dann nicht

weiter zu berücksichtigen, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 vH oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im Angebot (Übertragungsfehler), mit denen nicht weitergerechnet wurde, bleiben dabei unberücksichtigt. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers ist, ausgenommen der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anderes festgelegt, unzulässig.

Ausscheiden von Angeboten

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

1. 1.Ziffer eins

...

2. 7.Ziffer 7

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

1. (2) Absatz 2,...

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

Das Angebot der Antragstellerin wurde ausgeschieden. Unstrittig hat sie in den Bieterlücken in den Positionen 01 04 85.07 00 A, 01 04 87 01.00 A, 01 04 87.03 00 A, 01 04 87.06 00 A, 01 04 87.07 00 A, 01 04 87.08 00 A, 01 04 88.01 00 A, 03 04 62.01 00 A, 03 04 62.02 00 A, 03 04 62.03 00 A, 03 05 87.02 00 A, 03 05 87.06 00 A, 03 05 87.10 00 A, 04 01 46.09 00 A und 05 01 46.09 00 A kein Produkt genannt. Dies ist für die im Sachverhalt genannten Obergruppen von Bedeutung.

Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren geführt. Der

Bieter hat sich gemäß § 106 Abs 1 BVergG an den Text der

Ausschreibungsunterlagen zu halten. Er hat gemäß § 108 Abs 1 Z 6

BVergG alle Erläuterungen oder Erklärungen, wozu zweifellos

auch die Spezifikation anzubietender Produkte gehört, in seinem

Angebot anzugeben. Die Beurteilung der Angebote soll dabei nur

auf Grundlage der abgegebenen schriftlichen Angebote erfolgen,

wie sich aus §§ 101, 127 BVergG ergibt (BVA 23. 1. 2008,

N/0125-BVA/10/2007-026). Die Zulässigkeit einer

Angebotsänderung wird gemäß § 106 Abs 8 BVergG im offenen

Verfahren jedoch mit dem Ablauf der Angebotsfrist beschränkt

und ist danach unzulässig (BVA 26. 3. 2007, N/0102-BVA/04/2006-83,

RPA-Slg 2007/15 = ZVB-LSK 2007/48; 17. 11. 2009, N/0108-

BVA/07/2009-21, bbl 2010/63 = RPA-Slg 2010/7 = ZVB 2010/69

[Rosenkranz] = ZVB-LSK 2010/37 = ZVB-LSK 2010/38; 15. 6. 2010,

N/0038-BVA/10/2010-44; Katary in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1473). Die Angebotsprüfung muss daher in erster Linie auf Grundlage des schriftlich vorliegenden Angebots erfolgen (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1358).

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).

Da es sich bei der Ausschreibung um eine Erklärung des Auftraggebers und beim Angebot um eine Erklärung des Bieters handelt, ist ihr Inhalt von Bedeutung. Dieser ist nach ständiger Rechtsprechung und der Literatur nach den Regeln der §§ 914 f ABGB zu ermitteln (BVA 25. 1. 2000, F-17/98-32, BVergSlg 3.35 = BVergSlg 11.9 = BVergSlg 17.32 = BVergSlg 21.18; Da es sich bei der Ausschreibung um eine Erklärung des Auftraggebers und beim Angebot um eine Erklärung des Bieters handelt, ist ihr Inhalt von Bedeutung. Dieser ist nach ständiger Rechtsprechung und der Literatur nach den Regeln der Paragraphen 914, f ABGB zu ermitteln (BVA 25. 1. 2000, F-17/98-32, BVergSlg 3.35 = BVergSlg 11.9 = BVergSlg 17.32 = BVergSlg 21.18;

8. 7. 2003, 14N-64/03-11, "Austausch von Aluleitschienen", BVergSlg

27.138 = RPA 2003, 222 [Mugli-Maschek] = wbl 2004/67; 14. 11. 2003,

09N-100/03-19, BVergSlg 12.23 = BVergSlg 30.50; 23. 12. 2003,

17N-129/03-21, ZVB 2004/27 [Stiefelmeyer] = ZVB-LSK 2004/25;

23. 7. 2004, 04N-50/04-46, "Planung Expo Pavillon 2005", RPA 2004,

320 [Estermann]; 7. 9. 2004, 11N-65/04-12, "Kompaktkehrblasgeräte",

RPA 2004, 384 [Blaha]; 22. 3. 2005, 16N-9/05-19, RPA-Slg 2005/24 =

ZVB 2005/60 [Grasböck] = ZVB-LSK 2005/64; 11. 4. 2005, 04N-6/05-76;

18. 12. 2006, N/0091-BVA/10/2006-038; 21. 4. 2008, N/0030-BVA/10/2008-036, RPA-Slg 2008/25; 15. 6. 2010, N/0038-BVA/10/2010-44 ua; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war (OGH 26. 4. 1961, 5 Ob 135/61) und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Es kommt nämlich nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der

Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es sind vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und des Angebots maßgebend (VwGH 16. 2. 2005, 2004/04/0030, "Bühnentechnik-Sanierung Vinomnasaal", RPA 2005, 101 [Latzenhofer] = ZfVB 2006/669; 29. 3. 2006, 2004/04/0144, ZfVB 2007/979; BVA 29. 6. 2007, N/0057-BVA/11/2007-25, "Neubau Stellwerk Wien-Südbahnhof", RPA 2007, 229 [Etlinger]; 1. 7. 2008, N/0056-BVA/04/2008-20, RPA-Slg 2008/34; BVA 14. 11. 2008, N/0122-BVA/04/2008-48, RPA-Slg 2008/49 = ZVB-LSK 2009/44 = ZVB-LSK 2009/45 = ZVB-LSK 2009/46; 8. 4. 2009, N/0016-BVA/04/2009-15, RPA-Slg 2009/21; 10. 7. 2009, N/0058-BVA/10/2009-25, ZVB 2009/83 [Rosenkranz]; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 961).

Die Prüfung der Angebote hat in erster Linie anhand der Festlegungen der Ausschreibung zu erfolgen (Fink/Hofer in Heid/ Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1358).

In den ständigen Vertragsbestimmungen des Leistungsverzeichnisses in Hauptgruppe 00 Obergruppe 00 wird zuerst unter dem Titel "Bieterangaben" als allgemeine Regel gefordert, dass der Bieter an den im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Stellen in den Bieterlücken "Materialien/Erzeugnisse/Typen" angibt. Diese werden Vertragsbestandteil und dürfen nur mit Zustimmung des Auftraggebers geändert werden. Bei Nennung von Leitprodukten wird danach unter dem Titel "Beispielhafte Materialien/Erzeugnisse/Typen" die Möglichkeit eingeräumt, andere als die von der Auftraggeberin genannten "Materialien/Erzeugnisse/Typen" anzubieten. Als Ausnahme kann in diesem Fall die Nennung eines Produktes bei Vorliegen einer entsprechenden Erklärung des Bieters ganz entfallen. Die Auftraggeberin verwendet Bieterlücken mit Leitprodukten, "unechte Bieterlücken", und Bieterlücken ohne Leitprodukte, "echte Bieterlücken".

Die beiden Arten von Bieterlücken unterscheiden sich auch systematisch. Die technischen Spezifikationen der Leistung können gemäß § 98 Abs 7 und 8 BVergG ausnahmsweise durch Nennung eines bestimmten Produkts mit dem Beisatz "oder gleichwertig" erfolgen. Macht der Auftraggeber von dieser Möglichkeit Gebrauch, muss er zur Wahrung des Wettbewerbs eine Bieterlücke vorsehen. Nennt der Bieter kein Produkt, gilt das Leitprodukt gemäß § 106 Abs 7 BVergG als angeboten. §§ 98 Abs 7 und 106 Abs 7 BVergG sind auch die einzigen Stellen, an denen das BVergG das Wort "Bieterlücke" erwähnt. Dabei handelt es sich um die Bieterlücken, die das BVergG definiert. Sie werden auch als "unechte Bieterlücke" bezeichnet. Die beiden Arten von Bieterlücken unterscheiden sich auch systematisch. Die technischen Spezifikationen der Leistung können gemäß Paragraph 98, Absatz 7 und 8 BVergG ausnahmsweise durch Nennung eines bestimmten Produkts mit dem Beisatz "oder gleichwertig" erfolgen. Macht der Auftraggeber von dieser Möglichkeit Gebrauch, muss er zur Wahrung des Wettbewerbs eine Bieterlücke vorsehen. Nennt der Bieter kein Produkt, gilt das Leitprodukt gemäß Paragraph 106, Absatz 7, BVergG als angeboten. Paragraphen 98, Absatz 7 und 106 Absatz 7, BVergG sind auch die einzigen Stellen, an denen das BVergG das Wort "Bieterlücke" erwähnt. Dabei handelt es sich um die Bieterlücken, die das BVergG definiert. Sie werden auch als "unechte Bieterlücke" bezeichnet.

Der Auftraggeber kann jedoch auch ohne Nennung eines Leitproduktes im Fall einer Beschreibung der anzubietenden Leistung gemäß § 97 Abs 2 oder 3 BVergG vom Bieter verlangen, dass er das angebotene Produkt oder System spezifiziert und bezeichnet. Da die Ausschreibung dafür Raum vorsehen muss, handelt es sich um eine der Bieterlücke ähnliche Angabe. Sie wird auch als "echte Bieterlücke" bezeichnet (idS auch BVA 11. 8. 2008, N/0075-BVA/07/2008-36, RPA-Slg 2008/40; 15. 2. 2010, N/0120-BVA/05/2009-52, Tunnel Amras, RPA 2010, 149 [Estermann] = ZVB 2010/68 [Hackl]). Der Auftraggeber kann jedoch auch ohne Nennung eines Leitproduktes im Fall einer Beschreibung der anzubietenden Leistung gemäß Paragraph 97, Absatz 2, oder 3 BVergG vom Bieter verlangen, dass er das angebotene Produkt oder System spezifiziert und bezeichnet. Da die Ausschreibung dafür Raum vorsehen muss, handelt es sich um eine der Bieterlücke ähnliche Angabe. Sie wird auch als "echte Bieterlücke" bezeichnet (idS auch BVA 11. 8. 2008, N/0075-BVA/07/2008-36, RPA-Slg 2008/40; 15. 2. 2010, N/0120-BVA/05/2009-52, Tunnel Amras, RPA 2010, 149 [Estermann] = ZVB 2010/68 [Hackl]).

Weiters ist festzuhalten, dass - wie in den Sachverhaltsfeststellungen im Detail festgehalten - einzelne Bieterlücken ohne Leitprodukt nicht nur für die jeweilige Untergruppe, sondern auch für andere, gleichartige, nach dem selben Muster erstellte Untergruppen gelten sollte und diese Produkte auch dort anzubieten waren. Die Gliederung in Hauptgruppen erfolgte nach Gebäudeteilen. Dass daher in unterschiedlichen Hauptgruppen gleichartige Leistungen anzubieten waren, erklärt sich dadurch.

Das Ausfüllen der Bieterlücken ist in der Position 00 01 00 11.04 A1 "Vollständigkeit des Angebotes" nicht genannt. Daraus könnte der Eindruck entstehen, dass das Ausfüllen der Bieterlücken nicht erforderlich ist, um ein gültiges Angebot abzugeben.

Auszugehen ist von den Festlegungen der Ausschreibung, dass das Verwenden "nachstehend angebotener Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe" vereinbart ist. Weiter war ein Erzeugnis oder eine Type zu der gesamten Unterleistungsgruppe zu nennen. Die Ausschreibung legt in allen Fällen entweder durch den Ausschreibungstext "Betrifft Position(en): Alle." oder den Ausschreibungstext "Betrifft Position(en):" und die Nummer der Unterleistungsgruppe fest, dass es alle Positionen der Unterleistungsgruppe betrifft. In den jeweiligen Unterleistungsgruppen in den jeweils im Sachverhalt genannten Oberleistungsgruppen finden sich mehrere Positionen. Dieser Text findet sich bei allen im Sachverhalt genannten Bieterlücken, sodass sie alle gleichartig geregelt und das Nichtausfüllen der Bieterlücken in allen Fällen gleich behandelt werden kann. Daraus ergibt sich, dass nicht die Angabe ein speziellen einzelnen Produkts sondern eines Systems für die jeweilige Unterleistungsgruppe gefragt ist. Somit sind auch alle Positionen der jeweiligen Unterleistungsgruppe betroffen.

Punkt 6 in den Leistungsgruppen 85 und 87 betrifft die MSR. Durch die Nennung in der jeweiligen Leistungsgruppe bezieht er sich auch nur auf die jeweilige Leistungsgruppe. Er kommt in jeder Leistungsgruppe betreffend den Leistungsteil MSR vor. Er verlangt, dass, wenn nicht anders angegeben, alle Systemkomponenten, wie Messwertgeber, Automatisierungs- und Stellgeräte einschließlich Software von einem Hersteller (Systemhalter) ausgeführt werden, oder Komponenten verwendet werden, die dieser empfiehlt. Die Leistungsgruppe ist in Unterleistungsgruppen gegliedert, in denen die einzelnen Systemkomponenten des in der Leistungsgruppe anzubietenden Systems in eine oder mehrere Positionen aufgegliedert anzubieten sind. Punkt 6 ist in diesem Sinne zu verstehen, dass die innerhalb einer Leistungsgruppe anzubietende Systemeinheit und die in den Unterleistungsgruppen anzubietenden Teile dieser Systemeinheit aus auf einander abgestimmten Komponenten bestehen muss. Es handelt sich dabei um eine technische Festlegung betreffend die anzubietenden Produkte, nicht um eine Festlegung über die Person, die die Produkte benennt. Diese Festlegung verlangt jedenfalls, dass der Bieter den Hersteller und das einzusetzende System der jeweils in der Unterleistungsgruppe ausgeschriebenen Systemkomponente nennt. Jede andere Auslegung würde Vertragsinhalte unbestimmt und von Angaben eines Dritten abhängig machen. Überdies ist der Subunternehmer seitens des Auftraggebers dem Bieter zuzurechnen. Eine Prüfung der Tauglichkeit des angebotenen Produktes, der Preisangemessenheit (VKS Wien 1. 7. 2005, VKS- 1826/05, RPA 2005, 246 [Kurz]) und somit des Angebots ausschließlich auf Grundlage des schriftlichen Angebots, wie es das offene Verfahren vorsieht, wäre unmöglich. Der Auftraggeber könnte seiner Verpflichtung zur Angebotsprüfung nach § 123 BVergG nicht nachkommen. Punkt 6 in den Leistungsgruppen 85 und 87 betrifft die MSR. Durch die Nennung in der jeweiligen Leistungsgruppe bezieht er sich auch nur auf die jeweilige Leistungsgruppe. Er kommt in jeder Leistungsgruppe betreffend den Leistungsteil MSR vor. Er verlangt, dass, wenn nicht anders angegeben, alle Systemkomponenten, wie Messwertgeber, Automatisierungs- und Stellgeräte einschließlich Software von einem Hersteller (Systemhalter) ausgeführt werden, oder Komponenten verwendet werden, die dieser empfiehlt. Die Leistungsgruppe ist in Unterleistungsgruppen gegliedert, in denen die einzelnen Systemkomponenten des in der Leistungsgruppe anzubietenden Systems in eine oder mehrere Positionen aufgegliedert anzubieten sind. Punkt 6 ist in diesem Sinne zu verstehen, dass die innerhalb einer Leistungsgruppe anzubietende Systemeinheit und die in den Unterleistungsgruppen anzubietenden Teile dieser Systemeinheit aus auf einander abgestimmten Komponenten bestehen muss. Es handelt sich dabei um eine technische Festlegung betreffend die anzubietenden Produkte, nicht um eine Festlegung über die Person, die die Produkte benennt. Diese Festlegung verlangt jedenfalls, dass der Bieter den Hersteller und das einzusetzende System der jeweils in der Unterleistungsgruppe ausgeschriebenen Systemkomponente nennt. Jede andere Auslegung würde Vertragsinhalte unbestimmt und von Angaben eines Dritten abhängig machen. Überdies ist der Subunternehmer seitens des Auftraggebers dem Bieter zuzurechnen. Eine Prüfung der Tauglichkeit des angebotenen Produktes, der Preisangemessenheit (VKS Wien 1. 7. 2005, VKS- 1826/05, RPA 2005, 246 [Kurz]) und somit des Angebots ausschließlich auf Grundlage des schriftlichen Angebots, wie es das offene Verfahren vorsieht, wäre unmöglich. Der Auftraggeber könnte seiner Verpflichtung zur Angebotsprüfung nach Paragraph 123, BVergG nicht nachkommen.

Die Festlegung in Position 00 11 04 A1 über die Vollständigkeit der Angebote, die das Ausfüllen der Bieterlücken nicht nennt, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Insbesondere durch die Festlegung zu den "Bieterangaben" in der Obergruppe 00 in der Hauptgruppe 00 im Leistungsverzeichnis ist jedenfalls auch das Ausfüllen der Bieterlücken

gefordert.

Dadurch, dass die Antragstellerin diese Positionen nicht ausgefüllt hat, ist ihr Angebot unvollständig und damit mangelhaft (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz² [2009] § 129 Rz 77). Dadurch, dass die Antragstellerin diese Positionen nicht ausgefüllt hat, ist ihr Angebot unvollständig und damit mangelhaft (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz² [2009] Paragraph 129, Rz 77).

Fraglich ist, ob es sich um einen verbesserbaren oder einen unverbesserbaren Mangel handelt. Eine Verbesserung könnte nur darin bestehen, dass die Antragstellerin Produkte in den oben genannten "echten Bieterlücken" einsetzt und das Angebot auf diese Art ausschreibungskonform macht.

Die Antragstellerin sieht in der Frage der Behebbarkeit eines Mangels in § 129 Abs 1 Z 7 BVergG eine Lücke, die sie durch analoge Anwendung von § 126 Abs 4 BVergG über Rechenfehler schließen will. "Die 'Gesetzeslücke' ist vielmehr zutreffend als primäre Voraussetzung der ergänzenden Rechtsfindung (*praeter legem*) anerkannt. Sie bedeutet, dass der Rechtsfall nach dem (bereits interpretierten) Gesetz nicht beurteilt werden kann (§ 7 ABGB), jedoch - wie zu ergänzen ist - rechtlich einer Beurteilung im Sinne der Festlegung von Rechtsfolgen bedarf. Das letztere zielt auf die sehr notwendige Abgrenzung der 'Gesetzeslücke' gegenüber dem Bereich bloß individueller oder kollektiver rechtspolitischer Wünsche. Das nicht einfach diese letzteren, auch nicht jene des zuständigen Rechtsorgans, maßgebend sein dürfen, ergibt sich bereits daraus, daß Rechtliche Beurteilung tunlichst nach festen und generellen Kriterien erfolgen muß, um Gleichbehandlung gleicher Fälle und Vorhersehbarkeit der Entscheidung so weit als eben möglich zu sichern. Maßstab für eine Gesetzeslücke kann daher nur das gesamte Recht sein, das hinsichtlich des zu beurteilenden Falles eine 'planwidrige Unvollständigkeit', dh ein nicht gewolltes Manko, im Bereich der ausdrücklich gesetzten Rechtsfolgeanordnungen erkennen läßt. Das ist kein Widerspruch dazu, daß die formulierten Gesetzesnormen den anstehenden Fall gerade nicht regeln: Zum Recht gehören ja, wie schon ausführlich dargelegt, auch die 'rationes legis', also die dem Gesetz zugrundeliegenden Wertungen und Zwecke sowie - auf höherer Abstraktionsstufe - die Rechtsprinzipien, die auf Grund umfassender Ordnungs- und Wertwahl ganze Rechtsgebiete oder Rechtsinstitute beherrschen. Die Frage, ob eine Gesetzeslücke vorliegt, ist somit auf Grund der Rechtsordnung einschließlich aller dieser auch schon als Auslegungskriterien heranzuziehenden Maßstäbe zu beurteilen; selbstverständlich nicht allein auf der 'positiven' Rechtsnormen." (Bydlinski, Methodenlehre² [1991], 473) Wie die - weiter unten dargestellte - Rechtsprechung und Literatur zeigt, ist der Begriff der Behebbarkeit eines Mangels einer Auslegung zugänglich. Die Kernfrage ist nicht ein - bewusstes oder unbewusstes - "Weglassen" einer Regelung durch den Gesetzgeber. Er hat ja die Behebbarkeit von Mängeln vorgesehen. Vielmehr ist der Gegenstand der rechtlichen Beurteilung die Ermittlung des Inhalts durch Auslegung. Sobald dies aber möglich ist, kann von einer Lücke nicht mehr gesprochen werden. Die Antragstellerin sieht in der Frage der Behebbarkeit eines Mangels in Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG eine Lücke, die sie durch analoge Anwendung von Paragraph 126, Absatz 4, BVergG über Rechenfehler schließen will. "Die 'Gesetzeslücke' ist vielmehr zutreffend als primäre Voraussetzung der ergänzenden Rechtsfindung (*praeter legem*) anerkannt. Sie bedeutet, dass der Rechtsfall nach dem (bereits interpretierten) Gesetz nicht beurteilt werden kann (Paragraph 7, ABGB), jedoch - wie zu ergänzen ist - rechtlich einer Beurteilung im Sinne der Festlegung von Rechtsfolgen bedarf. Das letztere zielt auf die sehr notwendige Abgrenzung der 'Gesetzeslücke' gegenüber dem Bereich bloß individueller oder kollektiver rechtspolitischer Wünsche. Das nicht einfach diese letzteren, auch nicht jene des zuständigen Rechtsorgans, maßgebend sein dürfen, ergibt sich bereits daraus, daß Rechtliche Beurteilung tunlichst nach festen und generellen Kriterien erfolgen muß, um Gleichbehandlung gleicher Fälle und Vorhersehbarkeit der Entscheidung so weit als eben möglich zu sichern. Maßstab für eine Gesetzeslücke kann daher nur das gesamte Recht sein, das hinsichtlich des zu beurteilenden Falles eine 'planwidrige Unvollständigkeit', dh ein nicht gewolltes Manko, im Bereich der ausdrücklich gesetzten Rechtsfolgeanordnungen erkennen läßt. Das ist kein Widerspruch dazu, daß die formulierten Gesetzesnormen den anstehenden Fall gerade nicht regeln: Zum Recht gehören ja, wie schon ausführlich dargelegt, auch die 'rationes legis', also die dem Gesetz zugrundeliegenden Wertungen und Zwecke sowie - auf höherer Abstraktionsstufe - die Rechtsprinzipien, die auf Grund umfassender Ordnungs- und Wertwahl ganze Rechtsgebiete oder Rechtsinstitute beherrschen. Die Frage, ob eine Gesetzeslücke vorliegt, ist somit auf Grund der Rechtsordnung einschließlich aller dieser auch schon als Auslegungskriterien heranzuziehenden Maßstäbe zu beurteilen; selbstverständlich nicht allein auf der 'positiven' Rechtsnormen." (Bydlinski, Methodenlehre² [1991], 473) Wie die - weiter unten dargestellte - Rechtsprechung und

Literatur zeigt, ist der Begriff der Behebbarkeit eines Mangels einer Auslegung zugänglich. Die Kernfrage ist nicht ein - bewusstes oder unbewusstes - "Weglassen" einer Regelung durch den Gesetzgeber. Er hat ja die Behebbarkeit von Mängeln vorgesehen. Vielmehr ist der Gegenstand der rechtlichen Beurteilung die Ermittlung des Inhalts durch Auslegung. Sobald dies aber möglich ist, kann von einer Lücke nicht mehr gesprochen werden.

Selbst wenn man von einer Lücke ausgehen wollte, wäre § 126 Abs 4 BVergG keine geeignete Norm. Sie geht davon aus, dass der Auftraggeber die Rechenfehler im Angebot berichtigt. Einerseits setzt das ein vollständig ausgepreistes Angebot voraus, das eben Rechenfehler aufweist. Andererseits setzt es ein Tätigwerden des Auftraggebers ohne weiteres Zutun des Bieters voraus. Gerade das ist im Fall der nicht ausgefüllten Bieterlücken nicht möglich. Es würde bedeuten, dass der Auftraggeber zu den angebotenen Preisen Produkte selbständig auswählt. Gerade das ist aber Aufgabe des Bieters im Zuge der Erstellung des Angebots. Wenn der Auftraggeber diese Aufgabe übernimmt, verstößt er gegen die Prinzipien des Vergabeverfahrens. Selbst wenn man von einer Lücke ausgehen wollte, wäre Paragraph 126, Absatz 4, BVergG keine geeignete Norm. Sie geht davon aus, dass der Auftraggeber die Rechenfehler im Angebot berichtigt. Einerseits setzt das ein vollständig ausgepreistes Angebot voraus, das eben Rechenfehler aufweist. Andererseits setzt es ein Tätigwerden des Auftraggebers ohne weiteres Zutun des Bieters voraus. Gerade das ist im Fall der nicht ausgefüllten Bieterlücken nicht möglich. Es würde bedeuten, dass der Auftraggeber zu den angebotenen Preisen Produkte selbständig auswählt. Gerade das ist aber Aufgabe des Bieters im Zuge der Erstellung des Angebots. Wenn der Auftraggeber diese Aufgabe übernimmt, verstößt er gegen die Prinzipien des Vergabeverfahrens.

Maßstab einer Geringfügigkeitsprüfung der nicht ausgefüllten "unechten Bieterlücken" kann nicht der - subjektive - Maßstab des kalkulierten Gewinns sein, zumal dieser der auch nachträglich möglichen Manipulation durch den Bieter zugänglich ist, sondern lediglich der - objektive - Maßstab der bereits feststehende Positionspreis (BVA 24. 10. 1997, N-28/97-13, BVergSlg 10.5 = BVergSlg 27.24). Da die Auswirkungen nicht nur auf die jeweilige Hauptleistungsgruppe beschränkt ist, sondern - wie im Sachverhalt dargestellt - gleichartige Unterleistungsgruppen in mehreren Hauptleistungsgruppen vorkommen, beträgt der betroffene Anteil der Angebotssumme weit mehr als die von der Antragstellerin genannten 1,1 % und liegt zweifellos über der diskutierten Schwelle von 2 %. Selbst wenn das Nichtausfüllen von Bieterlücken in geringem Maße verbesserbar sein sollte, kann diese Regel im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommen, weil die zitierte Schwelle von 2 % bei Weitem überschritten wurde.

Stellt der Auftraggeber Mängel fest, hat er die Frage der Verbesserbarkeit zu beurteilen. Bei der Beurteilung der Behebbarkeit eines Mangels sind die Grundsätze eines freien und lauterer Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung aller Bieter zu berücksichtigen. Zudem liegt es nach ständiger Rechtsprechung des VwGH und des BVA nicht im Belieben des Auftraggebers, Mängel als unbehebbar oder behebbar zu deklarieren (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1426). Es ist vielmehr ein objektiver Beurteilungsmaßstab anzulegen. Verbesserbar sind nach Aicher (Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes, in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechtes [1985] 111) nur jene Mängel, "die nicht nach Angebotsöffnung zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen". Kropik betrachtet die Behebung eines Mangels nur dann als zulässig, wenn ein zivilrechtliches Angebot vorliegt, sowie durch die Mängelbehebung weder Wert noch Preis der angebotenen Leistung modifiziert und die zur Leistungserbringung aufzuwendenden Kosten nur in einem unwesentlichen Ausmaß geändert werden. Die zwingenden Ausschlussbestimmungen sind einzuhalten, der ursprüngliche Angebotswille darf nicht verloren gehen, die Vergabegrundsätze dürfen nicht verletzt werden und die Mängelbehebung muss eindeutig, transparent und nachvollziehbar sein (Kropik, Mängel im Angebot [2001] 66). Schramm geht nur dann von einem behebbaaren Mangel aus, wenn zwar eine Wert- oder Preisänderung eintritt, es jedoch zu keiner Veränderung der Wettbewerbsstellung kommt (Schramm, Zum Ausscheiden von Angeboten, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP [2004] 45).

Der VwGH schloss sich der "Aicher-Formel" an (VwGH 26. 2. 2003, 2001/04/0037, VwSlg 16031 A/2003 = ÖJZ 2004/55 A [VwGH A] = wbl

2003/262 = ZfVB 2004/784 = ZVB 2003/69 [G. Gruber] = ZVB-LSK

2003/70). Er hat ausgesprochen, dass "bei der Abgrenzung zwischen behebbaaren und unbehebbaaren Mängeln darauf abzustellen [ist], ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des

Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde". Eine andere Sicht könnte nur dann geboten sein, "wenn durch eine Mängelbehebung eine 'wenn auch nur mittelbare' materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten", oder ein derartiger formaler Mangel vorliegt, "dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden könne" (VwGH 25. 2. 2004, 2003/04/0186, Ansprechpartner Tunnelbau, RdW 2004/317 [Öhler] = RPA 2004, 92 [Latzenhofer] = ZVB 2004/102 [G. Gruber] = ZVB-LSK 2004/80 = ZVB-LSK 2004/81). Für die Unterscheidung

zwischen behebbarem und unbehebbar Mangel kommt es nicht darauf an, ob die Behebung eines Mangels einen Bietersturz zur Folge hätte. Vielmehr kann ein Mangel auch dann als unbehebbar gelten, wenn die Mängelbehebung nicht zu einem Bietersturz führen würde (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz² [2009] § 129 Rz 84). "Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen (vgl. dazu VwGH 2003/04/0186 und EuGH Rs C-87/94, Rz 56)." (RV 1171 BlgNR 22 GP 85) Zwischen behebbarem und unbehebbar Mangel kommt es nicht darauf an, ob die Behebung eines Mangels einen Bietersturz zur Folge hätte. Vielmehr kann ein Mangel auch dann als unbehebbar gelten, wenn die Mängelbehebung nicht zu einem Bietersturz führen würde (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz² [2009] Paragraph 129, Rz 84). "Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen vergleiche dazu VwGH 2003/04/0186 und EuGH Rs C-87/94, Rz 56)." Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 85)

Die Frage des Ausscheidens oder Nichtausscheidens des Angebots der Antragstellerin beeinflusst in erster Linie ihre Teilnahme an der Auswahl des Angebots für den Zuschlag. Der Angebotspreis und die einzige Angabe, die qualitativ bewertet wird, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist, würden durch eine Verbesserung nicht verändert. Ihre Wettbewerbsstellung wird durch die Herstellung eines ausschreibungskonformen Angebots vorerst formal verbessert (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz² [2009] § 129 Rz 83). Im Gegensatz dazu zieht der Verwaltungsgerichtshof die Grenze zwischen verbesserbaren und unverbesserbaren Mängeln bei der materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung, die auch in einem längeren Zeitraum zur Erstellung des Angebots bestehen kann (VwGH 25. 2. 2004, 2003/04/0186, Ansprechpartner Die Frage des Ausscheidens oder Nichtausscheidens des Angebots der Antragstellerin beeinflusst in erster Linie ihre Teilnahme an der Auswahl des Angebots für den Zuschlag. Der Angebotspreis und die einzige Angabe, die qualitativ bewertet wird, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist, würden durch eine Verbesserung nicht verändert. Ihre Wettbewerbsstellung wird durch die Herstellung eines ausschreibungskonformen Angebots vorerst formal verbessert (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz² [2009] Paragraph 129, Rz 83). Im Gegensatz dazu zieht der Verwaltungsgerichtshof die Grenze zwischen verbesserbaren und unverbesserbaren Mängeln bei der materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung, die auch in einem längeren Zeitraum zur Erstellung des Angebots bestehen kann (VwGH 25. 2. 2004, 2003/04/0186, Ansprechpartner

Tunnelbau, RdW 2004/317 [Öhler] = RPA 2004, 92 [Latzenhofer] = ZVB 2004/102 [G. Gruber] = ZVB-LSK 2004/80 = ZVB-LSK 2004/81).

Im vorliegenden Fall bekäme die Antragstellerin durch die Verbesserung, die inhaltlich eine Ergänzung ihres Angebots darstellt, eine längere Frist für die Erstellung ihres - vollständigen - Angebots. Weiters hat sie es in der Hand, in

Kenntnis der Angebotspreise der anderen Bieter den Wert ihres Angebots zu beeinflussen. Der Mangel ist unbehebbar (BVA 10. 11. 2009, N/0109-BVA/08/2009-52, RdW 2010/99 = ZVB 2010/18 [Grasböck]; UVS Steiermark 19. 4. 2007, 44.7-1/2007; VKS Wien 4. 7. 2003, VKS-4497/03). Daher schied die Auftraggeberin ihr Angebot zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG aus. Im vorliegenden Fall bekäme die Antragstellerin durch die Verbesserung, die inhaltlich eine Ergänzung ihres Angebots darstellt, eine längere Frist für die Erstellung ihres - vollständigen - Angebots. Weiters hat sie es in der Hand, in Kenntnis der Angebotspreise der anderen Bieter den Wert ihres Angebots zu beeinflussen. Der Mangel ist unbehebbar (BVA 10. 11. 2009, N/0109-BVA/08/2009-52, RdW 2010/99 = ZVB 2010/18 [Grasböck]; UVS Steiermark 19. 4. 2007, 44.7-1/2007; VKS Wien 4. 7. 2003, VKS-4497/03). Daher schied die Auftraggeberin ihr Angebot zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG aus.

3.6 Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung - Spruchpunkt II.3.6 Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung - Spruchpunkt römisch zwei.

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 wurde das Angebot der Antragstellerin zur

Recht ausgeschieden. Ihr Angebot kommt für eine

Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht. Ihr kann kein Schaden

iSd § 320 Abs 1 Z 2 BVergG erwachsen (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). Ihr

kommt hinsichtlich der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung

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).

3.7 Zum Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr - Spruchpunkt III.3.7 Zum Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr - Spruchpunkt römisch drei.

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Gebührenersatz

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

1. (2) Absatz 2, Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn
 1. 1. Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
 2. 2. Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.
2. (3) Absatz 3, [...]

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin ist mit ihren Nachprüfungsanträgen nicht durchgedrungen, da das Bundesvergabeamt in Spruchpunkt I. dieses Bescheides den Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung ab- und in Spruchpunkt II. dieses Bescheides jenen auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zurückwies. Die Auftraggeberin ist daher nicht verpflichtet, die bezahlte Pauschalgebühr zu ersetzen. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin ist mit ihren Nachprüfungsanträgen nicht durchgedrungen, da das Bundesvergabeamt in Spruchpunkt römisch eins. dieses Bescheides den Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung ab- und in Spruchpunkt römisch zwei. dieses Bescheides jenen auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zurückwies. Die Auftraggeberin ist daher nicht verpflichtet, die bezahlte Pauschalgebühr zu ersetzen.

Schlagworte

Verlesung der Angebote; Echte Bieterlücke; Unechte Bieterlücke; Vollständigkeit des Angebots; Behebbarkeit von Mängeln;

Zuletzt aktualisiert am

23.11.2010

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