

TE Verg Bescheid 2010/2/15 N/0120-BVA/05/2009-52

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.02.2010

Norm

BVergG 2006 §1 Abs1 Z1

BVergG 2006 §1 Abs1 Z3

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §71

BVergG 2006 §76

BVergG 2006 §76 Abs1

BVergG 2006 §83

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §303 Abs1

BVergG 2006 §304 Abs1

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §319 Abs1 1.Satz

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §321 Abs2

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

ABGB §914

GewO 1994 §32

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 71 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 71 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 71 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 303 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
1. BVergG 2006 § 304 gültig von 12.07.2013 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
2. BVergG 2006 § 304 gültig von 01.02.2006 bis 11.07.2013
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
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 § 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 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. GewO 1994 § 32 heute
2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 5, Mag. Bernhard Ditz sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A 12 Inntal Autobahn km 73,0 bis km 75,0, Sicherheitsausbau, Umweltschutz- und Sanierungsmaßnahmen Innsbruck Amras, Elektromaschinelle Ausschreibung" der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 3. Dezember 2009 „auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 20.11.2009 zu Gunsten der B***" wird stattgegeben.

Die der A*** von der Auftraggeberin im Vergabeverfahren "A 12 Inntal Autobahn km 73,0 bis km 75,0, Sicherheitsausbau, Umweltschutz- und Sanierungsmaßnahmen Innsbruck Amras, Elektromaschinelle Ausschreibung" mit Telefax vom 20. November 2009 mitgeteilte Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B***, wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 3. Dezember 2009 „auf Ersatz der von uns für den vorliegenden Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren durch

den Ausspruch, dass die Auftraggeberin schuldig ist, die von uns entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR XXX binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen," wird stattgegeben. Dem Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 3. Dezember 2009 „auf Ersatz der von uns für den vorliegenden Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren durch den Ausspruch, dass die Auftraggeberin schuldig ist, die von uns entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR römisch 30 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen," wird stattgegeben.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft als Auftraggeberin im Vergabeverfahren "A 12 Inntal Autobahn km 73,0 bis km 75,0, Sicherheitsausbau, Umweltschutz- und Sanierungsmaßnahmen Innsbruck Amras, Elektromaschinelle Ausschreibung" hat der A*** zu Handen deren Rechtsvertretung Y*** auf deren Konto bei der D*** binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR XXX zu ersetzen. Die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft als Auftraggeberin im Vergabeverfahren "A 12 Inntal Autobahn km 73,0 bis km 75,0, Sicherheitsausbau, Umweltschutz- und Sanierungsmaßnahmen Innsbruck Amras, Elektromaschinelle Ausschreibung" hat der A*** zu Handen deren Rechtsvertretung Y*** auf deren Konto bei der D*** binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR römisch 30 zu ersetzen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 3. Dezember 2009, eingelangt im Bundesvergabeamt am 4. Dezember 2009, beantragte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch Y*** die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 20. November 2009 im Vergabeverfahren "A 12 Inntal Autobahn km 73,0 bis km 75,0, Sicherheitsausbau, Umweltschutz- und Sanierungsmaßnahmen Innsbruck Amras, Elektromaschinelle Ausschreibung". Ergänzt wurde dieses Nichtigerklärungsbegehren durch einen Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren sowie auf

Akteneinsicht, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründet wurde das Nichtigerklärungsbegehren in Stellungnahmen vom 3. Dezember 2009, vom 5. Jänner 2010 und vom 14. Jänner 2010 sowie in den mündlichen Verhandlungen am 8. Jänner 2010 und vom 12. Februar 2010 im Wesentlichen zusammengefasst damit, dass die Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages mit der Bezeichnung "A 12 Inntal Autobahn km 73,0 bis km 75,0, Sicherheitsausbau, Umweltschutz- und Sanierungsmaßnahmen Innsbruck Amras, Elektromaschinelle Ausschreibung" geführt habe. Als Zuschlagskriterien seien der Gesamtpreis und die Qualität festgelegt worden. Als Subkriterien des Zuschlagskriteriums Qualität wären die allenfalls angebotene Verlängerung der Gewährleistung und die Lebensdauer des Leuchtmittels gewählt worden.

Die Antragstellerin habe sich an der Ausschreibung beteiligt und ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Ihr Angebot sei nicht auszuscheiden. Hinsichtlich des Vorhaltes, ihr Angebot sei auszuscheiden, weil sie nicht über alle erforderlichen Befugnisse zur Leistungserbringung verfügen würde, werde darauf hingewiesen, dass in einer Bieteranfragenbeantwortung, die mit der zweiten Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen allen Bietern im Vergabeverfahren zugänglich gemacht worden wäre, von der Auftraggeberin bestätigt worden wäre, dass für kleinere Leistungen kein Nachweis der Befugnis erfolgen müsse. Die Antragstellerin verweise darüberhinaus auf ihre eigenen Befugnisse, die Befugnisse ihrer im Angebot genannten Subunternehmer und auf die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes zu gewerblichen Nebenrechten des § 32 GewO. Die Antragstellerin habe sich an der Ausschreibung beteiligt und ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Ihr Angebot sei nicht auszuscheiden. Hinsichtlich des Vorhaltes, ihr Angebot sei auszuscheiden, weil sie nicht über alle erforderlichen Befugnisse zur Leistungserbringung verfügen würde, werde darauf hingewiesen, dass in einer Bieteranfragenbeantwortung, die mit der zweiten Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen allen Bietern im Vergabeverfahren zugänglich gemacht worden wäre, von der Auftraggeberin bestätigt worden wäre, dass für kleinere Leistungen kein Nachweis der Befugnis erfolgen müsse. Die Antragstellerin verweise darüberhinaus auf ihre eigenen Befugnisse, die Befugnisse ihrer im Angebot genannten Subunternehmer und auf die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes zu gewerblichen Nebenrechten des Paragraph 32, GewO.

Zum Vorwurf, ihr Angebot sei auszuscheiden, da sie das Bieterlückenverzeichnis in der Angebotsbeilage B.8 nicht vollständig ausgefüllt habe, werde hingewiesen, dass die im Bieterlückenverzeichnis B.8 angegebenen Leistungsgruppen entsprechend den Leistungsgruppen des Leistungsverzeichnisses gegliedert wären. Die Gruppe "11

Lüftungsanlage" des Bieterlückenverzeichnisses beziehe sich daher auf die Leistungsgruppe 11 (Tunnel-Lüftungsanlage) des Leistungsverzeichnisses (Ausschreibungsunterlage B.7). Gemäß Punkt B.5.4.11.1 der Ausschreibung umfasse die Leistungsgruppe 11 (Tunnel-Lüftungsanlage) bloß die betriebsbereite Programmierung und Visualisierung der Lüftungssteuerung. Eine typenmäßig spezifizierte Hardware der Steuerung sei in dieser Leistungsgruppe nicht enthalten.

Tatsächlich habe die Antragstellerin sowohl die Lüftungssteuerung in der Leistungsgruppe 11 (OG 01 - Pos. 11.1010F und OG02 - Pos.11.1010F) als auch die zugehörige Hardware in der Leistungsgruppe 25 (OG 02 - Pos 25.1501D Z - "BZ Lüfter") ausgepreist und deshalb die ausgeschriebenen Leistungen vollständig angeboten. Selbst, wenn in der Bieterlücke "Periphere Steuerungen" im Teil B.8 unter der Leistungsgruppe " 11 Lüftungsanlage" eine Angabe zu machen gewesen wäre, wäre das Angebot der Antragstellerin vollständig und ausschreibungskonform. Bei einer Gesamtbetrachtung des Angebotes sei nämlich ersichtlich, welches Fabrikat/Typenreihe der peripheren Lüftungssteuerung angeboten worden sei.

In der Position "Hersteller Videoauswertungssoftware" der Gruppe "25 Videoanlage" in der Ausschreibungsunterlage B.8 sei die Angabe des Herstellers der Videoauswertungssoftware gefordert gewesen. Die Angabe von "Fabrikat" und "Typenreihe" wäre nur dann möglich, wenn in der betreffenden Position die Spezifizierung der Videoauswertungssoftware gefordert gewesen wäre.

Bei der Angebotsöffnung am 1. September 2009 sei für einen von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin angebotenen "Auftraggeberentwurf 2" keine Verlängerung der Gewährleistung und eine Leuchtmittel-Lebensdauer von 35.000 Stunden verlesen worden. Nach Auffassung der Antragstellerin wären Halogen-Metall dampf-Lampen mit einer derart hohen Lebensdauer jedoch nicht erhältlich.

Die Auftraggeberin habe am 20. November 2009 die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin mitgeteilt. Dabei sei die von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin angebotene Lebensdauer der Leuchtmittel nicht angegeben worden. Mit dem von der Auftraggeberin diesbezüglich angegebenen Qualitäts-Punktwert von 0,150 werde aber bestätigt, dass die bei der Angebotsöffnung verlesene Lebensdauer von 35.000 Stunden falsch gewesen wäre. Nach den Zuschlagskriterien wäre für eine über 18.000 Stunden hinausgehende Lebensdauer ein Punktwert von 0,25 pro zusätzliche 10.000 Stunden zu vergeben gewesen. Für dazwischenliegende Lebensdauern erfolge die Bewertung linear. Bei der verlesenen Lebensdauer von 35.000 Stunden müsste sich nach den Zuschlagskriterien daher ein Punktwert von 0,425 ergeben. Damit sei belegt, dass auch von der Auftraggeberin die ursprünglich im Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin eingetragene und verlesene Lebensdauer als unrichtig anerkannt worden wäre. Gleichzeitig ergebe sich daraus aber auch, dass die im Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin unrichtig angegebene Lebensdauer des Leuchtmittels nachträglich verändert worden wäre.

Das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin hätte ausgeschieden werden müssen, da dieses durch die Angabe der Lebensdauer von 35.000 Stunden eine fehlerhafte Angabe enthalte. Dieser Angebotsmangel sei unbehebbar. Eine auf Grund einer Kontrolle als unrichtig erkannte Bieterangabe dürfe nicht berücksichtigt werden. Eine unrichtige Angabe müsse dazu führen, dass dafür gar keine Punkte vergeben werden dürften. Jede Änderung eines Angebotes durch den Bieter müsse dazu führen, dass dieses Angebot auszuschneiden sei. Zumindest hätte hinsichtlich des Zuschlagskriteriums Qualität insbesondere auf Grund der bereits ursprünglich unrichtigen Angabe der Lebensdauer der Leuchtmittel eine Bewertung mit nur 0 Punkten statt 0,15 Punkten erfolgen dürfen. In beiden Fällen (Ausscheidung des Angebotes der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin oder Bewertung dieses Angebotes mit 0 Qualitätspunkten) wäre die Antragstellerin als Bestbieterin zu ermitteln gewesen. Das Vorbringen der Auftraggeberin und der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin, wonach auch eine von den Produktspezifikationen abweichende garantierte Lebensdauer angeboten werden durfte, stehe mit dem eigenen Vorbringen und dem Verhalten der Auftraggeberin in Widerspruch. Diesbezüglich sei nicht von einer garantierten oder gewährleisteten Lebensdauer des Leuchtmittels von über 18.000 Stunden sondern von einer tatsächlich nachgewiesenen Lebensdauer des Leuchtmittels auszugehen. Im entsprechenden Zuschlagskriterium sei nicht die garantierte Lebensdauer, sondern Leuchtmittel mit einer möglichst langen nachgewiesenen Lebensdauer positiv zu bewerten.

Zudem sei die Zuschlagsentscheidung auch deshalb rechtswidrig, weil darin - entgegen § 131 BVergG 2006 - nicht die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes genannt worden wären. Zudem sei die Zuschlagsentscheidung auch deshalb rechtswidrig, weil darin - entgegen Paragraph 131, BVergG 2006 - nicht die Merkmale und Vorteile des

erfolgreichen Angebotes genannt worden wären.

Die Auftraggeberin übermittelte die Original-Verfahrensunterlagen, beantragte die Abweisung des Nichtigerklärungsbegehrens, gab mit Schriftsatz vom 9. Dezember 2009 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und führte in Stellungnahmen vom 17. Dezember 2009 und vom 14. Jänner 2010 sowie in den mündlichen Verhandlungen vom 8. Jänner und vom 12. Februar 2010 im Wesentlichen zusammengefasst aus, dass das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin ausschreibungskonform sei. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin habe in der Bieterlücke bezüglich des anzugebenden Tunnelleuchtmittels in Angebotsunterlage B.8 mehr als ein Produkt genannt. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin habe für jede der angebotenen Leuchtmittel die genannten 35.000 Stunden Lebensdauer gewährleistet, unabhängig welches der genannten Produkte eingesetzt werde. Zudem sei die Verlängerung der Leuchtmittellebensdauer mit einer Pönale abgesichert. Im Zuge der Prüfung der Angebote habe die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin am 29. September 2009 ein Datenblatt von GE übermittelt. Daraus gehe klar hervor, dass für die Leuchtmittel mit gewährleisteter Lebensdauer von 35.000 Stunden das dafür geeignete Produkt von GE eingesetzt werde. Durch die Übermittlung eines Datenblattes von GE habe sich die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin klar auf dieses Produkt festgelegt. In weiterer Folge sei daher das Angebot näher zu prüfen und zu bewerten gewesen. Aus diesem Datenblatt von GE gehe hervor, dass GE eine Leuchtmittellebensdauer von 24.000 Stunden garantiere, wobei dabei die Leuchtmittel auch ein und ausgeschaltet werden würden. Im Zuge der Angebotsprüfung sei daher festgestellt worden, dass diese Bestimmung der Annahme der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin widerspreche, wonach die Leuchtmittel grundsätzlich nicht abgeschaltet werden würden. Es könne auch nicht immer von einem Regelbetrieb ausgegangen werden. Aus diesen Gründen und mangels Erfahrungswerten hätte die Annahme der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin mit 35.000 Stunden nicht unter allen Tunnelbetriebszuständen bewertet werden können. Für die Bewertung der Qualitätspunkte sei daher lediglich jener Wert herangezogen worden, der gemäß Herstellerangaben gesichert sei und nicht jener, der möglicherweise unter günstigsten Betriebszuständen erreichbar sei. Das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin sei nicht auszuschneiden. Es liege insbesondere kein Angebotsmangel vor. Einem Auftraggeber stehe es im Zuge einer Angebotsprüfung auch zu, Punkte nur insoweit zu vergeben, als die dafür zu erbringende Leistung im Zuge der Angebotsprüfung vom Auftraggeber anerkannt werden würde. Zudem sei die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform erfolgt, da daraus alle erforderlichen Informationen, insbesondere die Vorteile des Angebotes, dem der Zuschlag erteilt werden sollte, zu entnehmen wären.

Auch das Angebot der Antragstellerin sei ausschreibungskonform erstellt worden und sei daher nicht auszuschneiden gewesen. Im Zuge der Angebotsprüfung habe sich ergeben, dass alle erforderlichen Befugnisse nachgewiesen worden wären. Zur Bieterlücke in der Angebotsunterlage B.8 bezüglich der Gruppe 11 - Lüftungsanlage werde hingewiesen, dass es diesbezüglich eine Anfrage an die Antragstellerin gegeben habe. Im Zuge eines Bietergespräches habe die Antragstellerin unter Verweis auf die Ausschreibungsunterlage B.5, Punkt 5.4.11.3 Anlagenaufbau, Unterpunkt Lüftungssteuerung auf Seite 108 ausgeführt, dass die Leistungen für die periphere Lüftungssteuerung (LSE) gemäß diesem Punkt in der Gruppe 25 einkalkuliert worden wäre. Diese Vorgehensweise sei von der Auftraggeberin akzeptiert worden. Durch das Auspreisen der entsprechenden LV Positionen sei für die Auftraggeberin ersichtlich, dass die beschriebenen Leistungen entsprechend kalkuliert und angeboten wurden. Zur Gruppe 25 - Videoanlage sei anzumerken, dass von der Antragstellerin der Hersteller genannt worden sei. Im Zuge einer Aufklärung sei von der Antragstellerin die Type "VBTC Modul V3.4" genannt worden. Dazu werde angemerkt, dass in der Gruppe 25 Informationsverarbeitung bereits im ursprünglichen Angebot unter "Software Videobediener" die Type VBTC angeboten worden wäre. Dazu sei festzuhalten, dass der genannte Hersteller nur über ein Produkt verfüge, welches die technischen Anforderungen der Ausschreibung erfülle. Daraus sei abzuleiten, dass auch nur dieses spezielle Produkt von der Antragstellerin angeboten worden wäre.

Die B*** wird in der Zuschlagsentscheidung als beabsichtigte Zuschlagsempfängerin genannt und hat, vertreten durch Z***, rechtzeitig mit Schriftsatz vom 18. Dezember 2009, eingelangt im Bundesvergabeamt zu Beginn der Amtsstunden am 21. Dezember 2009 begründete Einwendungen gegen das beantragte Nichtigerklärungsbegehren erhoben und somit ihre Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG gewahrt. In diesem Schriftsatz, ergänzt durch Schriftsätze vom 5. Jänner 2010, 14. Jänner 2010, vom 9. Februar 2010 sowie durch Ausführungen in den mündlichen Verhandlungen am 8. Jänner 2010 und am 12. Februar 2010 führt sie im Wesentlichen zusammengefasst aus, dass in den Ausschreibungsunterlagen nicht gefordert gewesen wäre, dass ein Bieter, der eine höhere Leuchtmittellebensdauer

anbietet, diese durch Vorlage von Datenblättern oder andere Nachweise der Hersteller nachweisen müsse. Insbesondere werde in der Ausschreibungsunterlage B.5 auf Seite 81 gefordert, dass weiters eine Lebensdauer der Leuchtmittel von mindestens 12.000 Stunden zu gewährleisten sei. Ein plausibler und eindeutiger Nachweis dieses oder eines höheren Gewährleistungsversprechens sei für keinen Bieter möglich, weil die Leuchtmittelhersteller nur die mittlere Leuchtmittellebensdauer angeben würden. Daher könne die vom Bieter garantierte Mindestlebensdauer nur ein Gewährleistungsversprechen sein. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin habe anstelle der mindestens zu gewährleistenden 12.000 Stunden 35.000 Stunden gewährleistet. Dies sei ausschreibungskonform. Zudem ersuchte die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin in ihrer Stellungnahme amtswegig zu überprüfen, ob die Antragstellerin über die für die Durchführung des Auftrages erforderlichen Befugnisse verfüge bzw. Subunternehmer genannt habe und diese für die entsprechenden Leistungsteile auch einzusetzen beabsichtige. Das Angebot der Antragstellerin komme für eine Zuschlagsentscheidung bzw. Zuschlagserteilung nicht in Frage, da einerseits erforderliche Befugnisse in diesem Angebot nicht nachgewiesen worden wären und die Bieterlückenerklärung B.8 nicht vollständig ausgefüllt worden wäre, was dazu führe, dass dieses Angebot mit unbehebbarren Mängeln behaftet und im Vergabeverfahren auszuschneiden sei. Die B*** wird in der Zuschlagsentscheidung als beabsichtigte Zuschlagsempfängerin genannt und hat, vertreten durch Z***, rechtzeitig mit Schriftsatz vom 18. Dezember 2009, eingelangt im Bundesvergabeamt zu Beginn der Amtsstunden am 21. Dezember 2009 begründete Einwendungen gegen das beantragte Nichtigkeitsbegehren erhoben und somit ihre Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG gewahrt. In diesem Schriftsatz, ergänzt durch Schriftsätze vom 5. Jänner 2010, 14. Jänner 2010, vom 9. Februar 2010 sowie durch Ausführungen in den mündlichen Verhandlungen am 8. Jänner 2010 und am 12. Februar 2010 führt sie im Wesentlichen zusammengefasst aus, dass in den Ausschreibungsunterlagen nicht gefordert gewesen wäre, dass ein Bieter, der eine höhere Leuchtmittellebensdauer anbietet, diese durch Vorlage von Datenblättern oder andere Nachweise der Hersteller nachweisen müsse. Insbesondere werde in der Ausschreibungsunterlage B.5 auf Seite 81 gefordert, dass weiters eine Lebensdauer der Leuchtmittel von mindestens 12.000 Stunden zu gewährleisten sei. Ein plausibler und eindeutiger Nachweis dieses oder eines höheren Gewährleistungsversprechens sei für keinen Bieter möglich, weil die Leuchtmittelhersteller nur die mittlere Leuchtmittellebensdauer angeben würden. Daher könne die vom Bieter garantierte Mindestlebensdauer nur ein Gewährleistungsversprechen sein. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin habe anstelle der mindestens zu gewährleistenden 12.000 Stunden 35.000 Stunden gewährleistet. Dies sei ausschreibungskonform. Zudem ersuchte die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin in ihrer Stellungnahme amtswegig zu überprüfen, ob die Antragstellerin über die für die Durchführung des Auftrages erforderlichen Befugnisse verfüge bzw. Subunternehmer genannt habe und diese für die entsprechenden Leistungsteile auch einzusetzen beabsichtige. Das Angebot der Antragstellerin komme für eine Zuschlagsentscheidung bzw. Zuschlagserteilung nicht in Frage, da einerseits erforderliche Befugnisse in diesem Angebot nicht nachgewiesen worden wären und die Bieterlückenerklärung B.8 nicht vollständig ausgefüllt worden wäre, was dazu führe, dass dieses Angebot mit unbehebbarren Mängeln behaftet und im Vergabeverfahren auszuschneiden sei.

Auf der Grundlage der Schriftsätze der Antragstellerin vom 3. Dezember 2009 (OZ 1), vom 5. Jänner 2010 (OZ 17) und vom 14. Jänner 2010 (OZ 27), der Schriftsätze der Auftraggeberin vom 9. Dezember 2009 (OZ 4), vom 17. Dezember 2009 (OZ 10), und vom 14. Jänner 2010 (OZ 28), der Schriftsätze der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin vom 18. Dezember 2009 (OZ 14 = OZ 15), vom 5. Jänner 2010 (OZ 18), vom 14. Jänner 2010 (OZ 29) und vom 9. Februar 2010 (OZ 43), den von der Auftraggeberin vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlungen vom 8. Jänner 2010 (OZ 21) und vom 12. Februar 2010 (OZ 47) wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin, welche die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien als vergebende Stelle bevollmächtigt und beauftragt hat, das gegenständliche Vorhaben bis zur Schlussfeststellung abzuwickeln, hat durch

Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union 2009/S 117-169069 am 20. Juni 2009 das gegenständliche Vergabeverfahren öffentlich bekannt gemacht. Das Verfahren wird als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages durchgeführt. Ausschreibungsgegenstand ist die Errichtung der betriebs- und sicherheitstechnischen Ausrüstung sowie der elektromaschinellen Ausrüstung für die Einhausung Innsbruck Amras samt Wartung bzw. Instandhaltung. Gemäß Ausschreibungsbedingungen waren die ausgeschriebenen Leistungen in zwei Varianten anzubieten. Die beiden Varianten unterscheiden sich durch die Art der

jeweils anzubietenden Tunnel-Durchfahrtsbeleuchtungen. Für beide ausgeschriebenen Varianten wurden der Gesamtpreis und die Qualität als Zuschlagskriterien festgelegt. Als Subkriterien für das Kriterium Qualität wurde die allenfalls angebotene Verlängerung der Gewährleistung und die "Lebensdauer des Leuchtmittels" festgelegt. Hinsichtlich des Subkriteriums "Lebensdauer des Leuchtmittels" wurde in Teil B.1 "Ausschreibungsgrundlagen" der Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 1.3.11 Folgendes festgehalten:

"Für die Prüfung und Beurteilung der Angebote gelten die Vorgaben des Bundesvergabegesetzes - BVergG. Seitens der ASFINAG wird überlegt, im gegenständlichen Projekt eine innovative Beleuchtung zum Einsatz zu bringen, welche im Auftraggeberentwurf 1 ausgeschrieben ist. Als Auftraggeberentwurf 2 dazu ist der Bieter angehalten, den Tunnel mit konventioneller Metallhalogendampfbeleuchtung gemäß Planungshandbuch der ASFINAG anzubieten. Die Entscheidung, welche Variante beauftragt wird, erfolgt auf Basis der Ergebnisse der nachstehend beschriebenen Zuschlagskriterien. Für jeden Auftraggeberentwurf wird auf Basis der unten angeführten Bewertungskriterien die Punkteanzahl ermittelt. Jener Auftraggeberentwurf mit den meisten Punkten erhält den Zuschlag. [...]

1.3.11.1.2 Zuschlagskriterium "Lebensdauer des Leuchtmittels":

(gilt für beide Auftraggeberentwürfe)

Der Bieter ist angehalten, aus betrieblichen Gründen Leuchtmittel mit langer Lebensdauer anzubieten. Aus diesem Grund erhält der Bieter, für angebotene Leuchtmittel, welche eine Lebensdauer von 18.000 Stunden überschreiten, pro 10.000 Stunden zusätzlicher Lebensdauer 0,25 Punkte. Eine angebotene Verlängerung der Lebensdauer von 40.000 Stunden ergibt somit einen Qualitätspunkteanteil von $40.000/10.000 = 4 \times 0,25$ Punkte ergibt somit maximal 1 Punkt. Wird keine Lebensdauer > 18.000 Stunden angeboten, so erhält der Bieter 0 Punkte, Werte dazwischen werden gemäß obiger Beziehung linear interpoliert. Wenn systembedingt die eingesetzten Leuchtmittel eine Lebensdauer von 18.000 Stunden nicht erreichen können, so können diese Leuchtmittel zwar eingesetzt werden, es können jedoch keine Qualitätspunkte erzielt werden.

Da sich diese Auftraggeberentwürfe auf die Durchfahrtsbeleuchtung beziehen, ist davon auszugehen, dass die Leuchten außer zu Wartungszwecken bzw. bei Netzflickern im Regelbetrieb nicht ausgeschaltet sondern lediglich gedimmt werden."

In Teil B.1 "Ausschreibungsgrundlagen" der Ausschreibungsunterlagen wird unter Punkt 1.3.11.4 Ermittlung der Preispunkte Auftraggeberentwurf 2 (AGE 2) Folgendes festgelegt:

"Die Preispunkte der Bieter errechnen sich aus folgender Formel:

PreispunkteAGE2 = (Preis des BilligstbietersAGE 1 /

$(2,2881 \times \text{Preis des BietersAGE 20,9512}) \times 100$

Als Angebotssumme gelten jeweils die Angebotssummen gemäß B8, wobei die Summe der optionalen Leistungen (LG 38) nur mit 50% in die Bewertung eingeht.

Berechnungsbeispiel Preispunkte:

Bieter 1:

Angebotssumme AGE 1: Euro XXX; Angebotssumme AGE 2: Euro XXX
Angebotssumme AGE 1: Euro römisch 30 ;
Angebotssumme AGE 2: Euro römisch 30

Bieter 2:

Angebotssumme AGE 1: Euro XXX, Angebotssumme AGE 2: Euro XXX
Angebotssumme AGE 1: Euro römisch 30 ,
Angebotssumme AGE 2: Euro römisch 30

Berechnung Preispunkte Bieter 1:

[...]

AGE 2: nicht darstellbar

Berechnung Preispunkte Bieter 2:

[...]

AGE 2: nicht darstellbar

1.3.11.5 Ermittlung der Gesamtpunkte

Die Gesamtpunkte des Bieters errechnen sich für jeden Auftraggeberentwurf bzw. jedes Alternativangebot aus der Summe der erzielten Preispunkte sowie der dazugehörigen

Qualitätspunkte. Somit wird eine Gesamtpunkteanzahl für jeden Auftraggeberentwurf ermittelt.

GesamtpunkteAuftraggeberentwurf 1,2 = PreispunkteAuftraggeberentwurf 1,2 +

QualitätspunkteAuftraggeberentwurf 1,2

1.3.11.6 Bestbieter

Der Bieter mit der höchsten Gesamtpunkteanzahl eines Auftraggeberentwurfs ist Bestbieter."

In Teil B.1 "Ausschreibungsgrundlagen" der Ausschreibungsunterlagen wird unter Punkt 1.3.10 Eignungskriterien, unternehmerbezogenes Folgendes festgehalten:

"1.3.10.1 Allgemein

Zur Angebotsabgabe berechtigt und zur Vergabe zugelassen werden nur jene Unternehmen, die über die notwendige Eignung (Mindestqualifikation) verfügen und bei denen kein

Ausschlussgrund gemäß § 68 BVergG vorliegt. Zur Überprüfung der Eignung werden vom Bieter bzw. Subunternehmer die nachstehenden Nachweise gemäß den §§ 70 ff BVergG verlangt. Das Alter der geforderten Nachweise darf 6 Monate vor Angebotsöffnung nicht überschreiten. Ausschlussgrund gemäß Paragraph 68, BVergG vorliegt. Zur Überprüfung der Eignung werden vom Bieter bzw. Subunternehmer die nachstehenden Nachweise gemäß den Paragraphen 70, ff BVergG verlangt. Das Alter der geforderten Nachweise darf 6 Monate vor Angebotsöffnung nicht überschreiten.

Ausdrücklich wird hingewiesen, dass die Nachweiserbringung durch den Bieter betreffend die Befugnis, die Zuverlässigkeit und die Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 4 BVergG im Wege des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) möglich ist. Sollten im ANKÖ die vom AG geforderten Nachweise nicht vollständig verfügbar sein bzw. die Inhalte dieser Nachweise nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen, so hat der Bieter die fehlenden bzw. unvollständigen Nachweise dem AG (nach Aufforderung) zu übermitteln. Ausdrücklich wird hingewiesen, dass die Nachweiserbringung durch den Bieter betreffend die Befugnis, die Zuverlässigkeit und die Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz 4, BVergG im Wege des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) möglich ist. Sollten im ANKÖ die vom AG geforderten Nachweise nicht vollständig verfügbar sein bzw. die Inhalte dieser Nachweise nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen, so hat der Bieter die fehlenden bzw. unvollständigen Nachweise dem AG (nach Aufforderung) zu übermitteln.

Für den Nachweis der Eignung ist die Abgabe einer Kopie bei der Angebotsabgabe ausreichend. Nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 78 BVergG sieht der Auftraggeber vom Nachweis der Befugnis, der Zuverlässigkeit und der Leistungsfähigkeit ab. Für den Nachweis der Eignung ist die Abgabe einer Kopie bei der Angebotsabgabe ausreichend. Nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des Paragraph 78, BVergG sieht der Auftraggeber vom Nachweis der Befugnis, der Zuverlässigkeit und der Leistungsfähigkeit ab.

Folgende Nachweise gemäß §§ 70 ff BVergG 06 werden vom AG verlangt. Folgende Nachweise gemäß Paragraphen 70, ff BVergG 06 werden vom AG verlangt:

1.3.10.2. Nachweis der Befugnis gemäß § 71 BVergG Nachweiserbringung gem. BVergG (insbesondere §§ 69, 70, 71) und, dass der Bieter nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes in einem in Anhang VII angeführten Berufs- oder Handelsregister eingetragen ist oder eine der in Anhang VII genannten Bescheinigungen oder eidesstattlichen Erklärungen besitzt und erforderlichenfalls einen entsprechenden Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid (erforderlichenfalls gem. § 373 c und 373 d GewO 1994, BGBl. Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung usw. (siehe § 20 BVergG 06) ordnungsgemäß beauftragt hat. 1.3.10.2. Nachweis der Befugnis gemäß Paragraph 71, BVergG Nachweiserbringung gem. BVergG (insbesondere Paragraphen 69, 70, 71,) und, dass der Bieter nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes in einem in Anhang römisch sieben angeführten Berufs- oder Handelsregister eingetragen ist oder eine der in Anhang römisch sieben genannten Bescheinigungen oder

eidesstattlichen Erklärungen besitzt und erforderlichenfalls einen entsprechenden Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid (erforderlichenfalls gem. Paragraph 373, c und 373 d GewO 1994, Bundesgesetzblatt Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung usw. (siehe Paragraph 20, BVergG 06) ordnungsgemäß beauftragt hat.

Der Befugnisnachweis eines Subunternehmers ist vom Bieter im Falle einer beabsichtigten Weitergabe von Teilleistungen an Subunternehmer in gleicher Weise, wie für den Bieter selbst, für diese Teilleistung zu erbringen.

Erforderliche Befugnis 1: Elektrogewerbe

Zusätzlich erforderliche Befugnis 2: Errichtung von

Mittelspannungsanlagen (Oberstufe)

Zusätzlich erforderliche Befugnis 3: Stahlbau und oder

Anlagenbau

Zusätzlich erforderliche Befugnis 4: Installationsgewerbe"

Teil "B.8 - Erklärung des Bieters" der Ausschreibungsunterlagen enthält zahlreiche Bieterlücken, die vom Bieter auszufüllen waren. Die für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren relevanten Bieterlücken werden in diesem Zusammenhang kurz dargestellt:

- -Strichaufzählung
Seite 16 enthält ein Formblatt, in welchem allfällig zu nennende Subunternehmer samt einer genauen Beschreibung der Subunternehmerleistung sowie dem prozentuellen Anteil der Subunternehmerleistung anzugeben war.
- -Strichaufzählung
Auf Seite 19 wird unter der Gruppe "07 Tunnelbeleuchtung" das Fabrikat und die Typenreihe der anzubietenden peripheren Steuerung abgefragt.
- -Strichaufzählung
Auf Seite 19 wird unter der Gruppe "07 Tunnelbeleuchtung" das Fabrikat und die Typenreihe der anzubietenden "Leuchtmittel DF Auftraggeberentwurf 2" abgefragt.
- -Strichaufzählung
Auf Seite 19 wird unter der Gruppe "08 Straßenbeleuchtung" das Fabrikat und die Typenreihe der anzubietenden peripheren Steuerung abgefragt.
- -Strichaufzählung
Auf Seite 19 wird unter der Gruppe "11 Lüftungsanlage" das Fabrikat und die Typenreihe der anzubietenden peripheren Steuerung abgefragt.
- -Strichaufzählung
Auf Seite 20 wird unter der Gruppe "25 Videoanlage" das Fabrikat und die Typenreihe von "Hersteller Videoauswertungssoftware" abgefragt.
- -Strichaufzählung
Auf Seite 28 wird unter Punkt 8.5.10.2 Anhang: Erklärung der Lebensdauer des Leuchtmittels Auftraggeberentwurf 2 Folgendes vorgegeben:
"Seitens des Bieters (oder der Bietergemeinschaft) werden für die gegenständlichen Leistungen Leuchtmittel mit nachfolgender Lebensdauer gemäß B1, Punkt 1.3.11.1:
Von (in Worten) Stunden* angeboten.

* vom Bieter (Bietergemeinschaft) einzusetzen

Im Falle einer fehlenden Deklaration seitens des Bieters gilt eine Leuchtmittel Lebensdauer von weniger als 18.000 Stunden als angeboten.

Bewertungskriterien und Beispiel siehe Teil B.1, Punkt 1.3.11."

Im Zuge der Angebotsphase des Vergabeverfahrens kam es zu zahlreichen Bieteranfragen, die in drei Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen mündeten. Die Berichtigungen wurden allen Bietern im Vergabeverfahren zur Verfügung gestellt.

Sowohl die Antragstellerin als auch die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin haben fristgerecht ein Angebot abgegeben, welche bei der Angebotsöffnung am 1. September 2009 in der Zeit von 10.05 Uhr bis 12.40 Uhr geöffnet wurden.

Aus dem Angebot der Antragstellerin wurde für den Auftraggeberentwurf 2 ein Gesamtangebotspreis (ohne optionale Leistungen) von Euro XXX, ein Angebotspreis für angebotene optionale Leistungen von Euro XXX sowie eine Erklärung betreffend die Lebensdauer der angebotenen Leuchtmittel von 12.000 Stunden verlesen. Aus dem Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin wurde für den Auftraggeberentwurf 2 ein Gesamtangebotspreis (ohne optionale Leistungen) von Euro XXX, ein Angebotspreis für angebotene optionale Leistungen von Euro XXX sowie eine Erklärung betreffend die Lebensdauer der angebotenen Leuchtmittel von 35.000 Stunden verlesen. Aus dem Angebot der Bieterin E*** wurde für den Auftraggeberentwurf 1 ein Gesamtangebotspreis (ohne optionale Leistungen) von Euro XXX sowie ein Angebotspreis für angebotene optionale Leistungen von Euro XXX verlesen. Unter Berücksichtigung der in Punkt 1.3.11.4 der Ausschreibungsunterlage B.1 enthaltenen Berechnungsformel und unter Berücksichtigung der ebenfalls dort enthaltenen Festlegung, dass die Summe der optionalen Leistungen (LG 38) nur mit 50% in die Bewertung eingeht, ergibt sich aus der Addition des Betrages Euro XXX mit dem halben Betrag von Euro XXX (Euro XXX) ein relevanter Preis von Euro XXX für den Auftraggeberentwurf 1 dieser Bieterin. Verglichen mit allen anderen Preisen für den jeweiligen Auftraggeberentwurf 1 handelt es sich dabei um den billigsten Preis, der sohin in der Preispunktberechnung gemäß Punkt 1.3.11.4 der Ausschreibungsunterlage B.1 zu berücksichtigen ist. Bei der Berechnung der Preispunkte für den Auftraggeberentwurf 2 ist gemäß den Festlegungen des Punktes 1.3.11.4 der Ausschreibungsunterlage B.1 für die Antragstellerin von einem Preis der Antragstellerin von Euro XXX + 50 % von Euro XXX (Euro XXX) = Euro XXX auszugehen, während für die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin ein Preis von Euro XXX + 50 % von Euro 367.179,24.-- (Euro XXX) = XXX für die Preispunktberechnung anzusetzen ist. Ergebnis einer Preispunktberechnung ist, dass sich für den Auftraggeberentwurf 2 der Antragstellerin mehr Preispunkte ergeben als für den Auftraggeberentwurf 2 der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin. Aus dem Angebot der Antragstellerin wurde für den Auftraggeberentwurf 2 ein Gesamtangebotspreis (ohne optionale Leistungen) von Euro römisch 30 , ein Angebotspreis für angebotene optionale Leistungen von Euro römisch 30 sowie eine Erklärung betreffend die Lebensdauer der angebotenen Leuchtmittel von 12.000 Stunden verlesen. Aus dem Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin wurde für den Auftraggeberentwurf 2 ein Gesamtangebotspreis (ohne optionale Leistungen) von Euro römisch 30 , ein Angebotspreis für angebotene optionale Leistungen von Euro römisch 30 sowie eine Erklärung betreffend die Lebensdauer der angebotenen Leuchtmittel von 35.000 Stunden verlesen. Aus dem Angebot der Bieterin E*** wurde für den Auftraggeberentwurf 1 ein Gesamtangebotspreis (ohne optionale Leistungen) von Euro römisch 30 sowie ein Angebotspreis für angebotene optionale Leistungen von Euro römisch 30 verlesen. Unter Berücksichtigung der in Punkt 1.3.11.4 der Ausschreibungsunterlage B.1 enthaltenen Berechnungsformel und unter Berücksichtigung der ebenfalls dort enthaltenen Festlegung, dass die Summe der optionalen Leistungen (LG 38) nur mit 50% in die Bewertung eingeht, ergibt sich aus der Addition des Betrages Euro römisch 30 mit dem halben Betrag von Euro römisch 30 (Euro römisch 30) ein relevanter Preis von Euro römisch 30 für den Auftraggeberentwurf 1 dieser Bieterin. Verglichen mit allen anderen Preisen für den jeweiligen Auftraggeberentwurf 1 handelt es sich dabei um den billigsten Preis, der sohin in der Preispunktberechnung gemäß Punkt 1.3.11.4 der Ausschreibungsunterlage B.1 zu berücksichtigen ist. Bei der Berechnung der Preispunkte für den Auftraggeberentwurf 2 ist gemäß den Festlegungen des Punktes 1.3.11.4 der Ausschreibungsunterlage B.1 für die Antragstellerin von einem Preis der Antragstellerin von Euro römisch 30 + 50 % von Euro römisch 30 (Euro römisch 30) = Euro römisch 30 auszugehen, während für die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin ein Preis von Euro römisch 30 + 50 % von Euro 367.179,24.-- (Euro römisch 30) = römisch 30 für die Preispunktberechnung anzusetzen ist. Ergebnis einer Preispunktberechnung ist, dass sich für den Auftraggeberentwurf 2 der Antragstellerin mehr Preispunkte ergeben als für den Auftraggeberentwurf 2 der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin.

Von der Auftraggeberin wurden die Angebote der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin, der Antragstellerin und der Bieterin E***, einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen.

Im Zuge der Angebotsprüfung des Angebotes der Antragstellerin wurde sie von der Auftraggeberin zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen. Vorweg wurde am 23. September 2009 eine Liste mit zu klärenden Fragen übermittelt. Diese Fragen wurden mit Schreiben vom 29. September 2009 beantwortet. Mit Schreiben vom 28. September 2009 wurden darüberhinaus weitere Unterlagen von der Antragstellerin vorgelegt.

Am 30. September 2009 fand ein Aufklärungsgespräch statt. Im Protokoll dieses Gespräches ist am Ende vermerkt, dass auf ausdrückliches Befragen aller Beteiligten derzeit keine weiteren Fragen offen wären.

Im Vergabebericht wird zum Angebot der Antragstellerin folgendes ausgeführt:

"Es ist festzuhalten, dass in der B8 bei einigen Positionen der Bieterlücken auf die Type vergessen wurde. (es erfolgte eine Berichtigung des Bieters)

[...]

Die Eignungsprüfung des Bieters und der Subunternehmer ist im Vergabebericht sowie den Auswertungstabellen zu diesem Vergabeverfahren dokumentiert.

Es wurden im Zuge der Angebotslegung weitere Mitglieder von Subunternehmer genannt, von denen die Eignung zu prüfen war. Die Eignungsprüfung des Bieters und der Subunternehmer ist im Wesentlichen in den beigelegten Auswertungstabellen / Prüfmatrizen dokumentiert, wobei Besonderheiten oder fehlende Nachweise im Kapitel "Schriftliche und mündliche Aufklärungen sowie Beurteilungen" näher erläutert werden.

Betreffend der Prüfung der Befugnis ist festzuhalten:

Mit den vorgelegten Dokumenten hat der Bieter nachgewiesen, dass er nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes die zur Ausführung der betreffenden Leistungen erforderlichen Berechtigung besitzt. Der Bieter hat ebenso nachgewiesen, dass kein Ausschlussgrund gemäß § 68 Abs. 1 BVergG vorliegt. Alle diesbezüglichen Angaben zu den Firmen wurden anhand aktueller Abfragen des ANKÖ geprüft, es konnte kein Hinweis auf Unvollständigkeit gefunden werden. Mit den vorgelegten Dokumenten hat der Bieter nachgewiesen, dass er nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes die zur Ausführung der betreffenden Leistungen erforderlichen Berechtigung besitzt. Der Bieter hat ebenso nachgewiesen, dass kein Ausschlussgrund gemäß Paragraph 68, Absatz eins, BVergG vorliegt. Alle diesbezüglichen Angaben zu den Firmen wurden anhand aktueller Abfragen des ANKÖ geprüft, es konnte kein Hinweis auf Unvollständigkeit gefunden werden.

[...]

Zusammenfassung der Eignung des Bieters und der Subunternehmer:

Die vorgelegten Nachweise zur Befugnis, zur Zuverlässigkeit und zur Leistungsfähigkeit waren vollständig und unbedenklich, die Eignung des Bieters ist gegeben."

Im Kapitel "Schriftliche und mündliche Aufklärung sowie Beurteilung" des Angebotes der Antragstellerin wird auf die drei von der Auftraggeberin veranlassten Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen, auf eine Versendung der Anforderung von Unterlagen an die Antragstellerin und auf die Einladung zu einem Bietergespräch samt vorheriger Übermittlung kalkulationsrelevanter Fragen an die Antragstellerin hingewiesen.

Zum Angebot der Antragstellerin ist festzuhalten, dass in der von ihr auszufüllenden Ausschreibungsunterlage B.8 auf Seite 16 (die in die Seiten 16 A und 16 B unterteilt wurde, da auf einer Seite nur Platz für die Angabe von fünf Subunternehmern war) insgesamt sechs Subunternehmer genannt wurden. Auf Seite 19 der Ausschreibungsunterlage "B.8 - Erklärung des Bieters" wurde von der Antragstellerin unter der Gruppe "07 Tunnelbeleuchtung" das Fabrikat und die Typenreihe der anzubietenden peripheren Steuerung mit "SIEMENS" "1703" angegeben. Auf derselben Seite der Ausschreibungsunterlage B.8 wurde von der Antragstellerin unter der Gruppe "08 Straßenbeleuchtung" das Fabrikat und die Typenreihe der anzubietenden peripheren Steuerung ebenfalls mit "SIEMENS" "1703" angegeben. Auf derselben Seite 19 der Ausschreibungsunterlage B.8 wurde von der Antragstellerin unter der Gruppe "11 Lüftungsanlage" keine Angabe zum abgefragten Fabrikat und zur abgefragten Typenreihe der anzubietenden peripheren Steuerung gemacht. Auf Seite 20 der Ausschreibungsunterlage B8 wird von der Antragstellerin unter der Gruppe "25 Videoanlage" bei der Abfrage des Fabrikates und der Typenreihe des Herstellers der anzubietenden Videoauswertungssoftware unter der Bieterlücke für das Fabrikat der Hersteller mit "CENTER" angegeben und die Bieterlücke betreffend die zugehörige Typenreihe nicht ausgefüllt. Im Zuge der Prüfung der Angebote wurde unter Hinweis auf die Ausschreibungsgruppe B.8, Seite 20, Gruppe 25 Videoanlage die Antragstellerin aufgefordert die Type der angebotenen Videoauswertungssoftware bekannt zu geben. Fristgerecht wurde von der Antragstellerin folgende Information an die Auftraggeberin übermittelt:

"In der B.8 Bieterlückenverzeichnis war nur der Hersteller der Videoauswertungssoftware gefragt. Selbstverständlich geben wir Ihnen die Type: "VBTC Modul V3.4" für die Videoauswertung bekannt."

Auf Seite 19 der Ausschreibungsunterlage "B.8 Erklärung des Bieters" wird im Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin in der Gruppe "07 Tunnelbeleuchtung" bei der Abfrage nach "Fabrikat" und "Typenreihe" bezüglich der für die Vergabe von Qualitätspunkten relevanten "Leuchtmittel DF Auftraggeberentwurf 2" das Fabrikat mit "OSRAM / PHILIPS / GE / AURA" und zugehörige Typenreihe mit "LM-S / LL" angegeben.

Auch die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin wurde im Zuge der Angebotsprüfung von der Auftraggeberin zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen, welches am 30. September 2009 von 15.40 Uhr bis 17.20 Uhr stattfand. Vorweg wurde an die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 22. September 2009 eine Liste mit zu klärenden Fragen übermittelt und weitere Unterlagen angefordert. Folgende Fragen sind dabei von besonderem Interesse:

1. 1) Ziffer eins

"Nachzureichende Unterlagen Block 7: (Bieterlücken)

Im Zuge der Angebotsprüfung unter B8 Erklärung des Bieters ist aufgefallen, dass in den "Gruppen" 07 TUNNELBELEUCHTUNG und 08 STRASSENBELEUCHTUNG die Produkte zum Großteil mit zwei Fabrikaten oder mehr angeboten wurden. Gehen wir Recht in der Annahme, dass der AG zwischen den angebotenen Fabrikaten pro Produkt wählen kann?"

1. 2) Ziffer 2

"Nachzureichende Unterlagen Block 11: (Bieterlücken)

Auf Basis von vergleichbaren Erfahrungswerten und sonst vorliegenden Unterlagen fällt auf, dass hier für die Lebensdauer des Leuchtmittels ein ungewöhnlich hoher Wert vorliegt (35.000 Std.). Wie erklären Sie diesen Wert? Wir weisen darauf hin, dass ein plausibler und eindeutiger Nachweis der angebotenen Leuchtenlebensdauer Voraussetzung für die Anerkennung der Qualitätspunkte ist. Sie werden daher aufgefordert, sämtliche Nachweise vorzulegen, aus denen die angebotene Leuchtenlebensdauer eindeutig hervorgeht."

Diese Fragen wurden mit Schreiben vom 29. September 2009 beantwortet. Zur ersten Frage wurde folgende Antwort gegeben:

"Diesbezügliche Stellungnahme - siehe Allgemeine Erklärung unter Punkt 3.)."

Bei der "Allgemeinen Erklärung unter Punkt 3.)" wird dazu Folgendes ausgeführt:

"Allgemeine Erklärung (gültig für alle jene Punkte, wo Mehrfachnennungen vorgenommen wurden)

B*** hat bei mehreren Bieterlücken mehr als ein Produkt benannt. Die ASFINAG stellt nun konkret die Frage, ob man zwischen den jeweils benannten Fabrikaten pro Produkt wählen könne. Dazu möchten wir Ihnen mitteilen, dass B*** die Auffassung vertritt, selber im Zuge der Auftragsdurchführung entscheiden zu können, welches Produkt letztlich zum Einsatz gebracht wird. B*** garantiert eine ausschreibungskonforme Auftragsdurchführung.

Wenn nach den Ausschreibungsspezifikationen mehrere Produkte ausschreibungskonform eingesetzt werden können und ein Bieter zu mehreren Produkten Zugang hat, muss er sich nicht in der Angebotsphase festlegen, welches Produkt er zum Einsatz bringt, sofern in der Ausschreibung nicht anders festgelegt ist. Im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber keine gegenteilige Festlegung getroffen (etwa in der Art, dass in einer bestimmten Bieterlücke nur ein einziges Produkt benannt werden dürfe). Die gewählte Vorgangsweise des Auftraggebers dient auch der Gesamtkostenoptimierung und entspricht daher dem Grundsatz einer zweckmäßigen, wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltung. Dass der Gesetzgeber eine Wahlmöglichkeit der Bieter sogar im Fall der Benennung nicht notwendiger Subunternehmer ermöglicht, ist daraus erkennbar, dass der Gesetzgeber in § 108 Abs. 1 Z 2 Satz 3 BVerfG ermöglicht hat, dass für einen Subauftrag mehrere in Frage kommende Subunternehmer benannt werden (Argument: Die in Frage kommenden Subunternehmer [plural!] sind unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben"). Wenn dies der Gesetzgeber sogar bei Subunternehmern ermöglicht, muss dies aus einem Größenschluss auch für Produktbieterlücken gelten. Wenn nach den Ausschreibungsspezifikationen mehrere Produkte ausschreibungskonform eingesetzt werden können und ein Bieter zu mehreren Produkten Zugang hat, muss er sich nicht in der Angebotsphase festlegen, welches Produkt er zum Einsatz bringt, sofern in der Ausschreibung nicht anders festgelegt ist. Im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber keine gegenteilige Festlegung getroffen (etwa in der Art, dass

in einer bestimmten Bieterlücke nur ein einziges Produkt benannt werden dürfe). Die gewählte Vorgangsweise des Auftraggebers dient auch der Gesamtkostenoptimierung und entspricht daher dem Grundsatz einer zweckmäßigen, wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltung. Dass der Gesetzgeber eine Wahlmöglichkeit der Bieter sogar im Fall der Benennung nicht notwendiger Subunternehmer ermöglicht, ist daraus erkennbar, dass der Gesetzgeber in Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, Satz 3 BVergG ermöglicht hat, dass für einen Subauftrag mehrere in Frage kommende Subunternehmer benannt werden (Argument: Die in Frage kommenden Subunternehmer [plural!] sind unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben"). Wenn dies der Gesetzgeber sogar bei Subunternehmern ermöglicht, muss dies aus einem Größenschluss auch für Produktbieterlücken gelten.

Diese Vorgangsweise von Mehrfachnennungen wurde bereits bei mehreren Projekten der ASFINAG in diesem Sinne erfolgreich und partnerschaftlich praktiziert. Selbstverständlich werden wir uns bemühen, im Auftragsfall bei der Auswahl unserer Produkte auf die Wünsche der ASFINAG einzugehen."

Von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin wurde ein Unterlagenkonvolut nachgereicht, wobei sich auch ein aus zwei Seiten bestehendes Datenblatt betreffend ein Leuchtmittel 250 W des Unternehmens GE befand. In diesem Datenblatt, welches in englischer Sprache verfasst ist, wird auf der ersten Seite auf "up to 24.000 Hr life" und auf der zweiten Seite hinsichtlich der durchschnittlichen Einsatzdauer (average rated life) ebenfalls auf 24.000 Stunden hingewiesen.

Mit Schreiben vom 16. Oktober 2009 wurde die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin erneut aufgefordert, weitere Nachweise betreffend die Tunnelbeleuchtung vorzulegen. Die Auftraggeberin forderte die Vorlage von Referenzprojekten der GE-HIT-Tunnelleuchte 250 W, eine Beleuchtungsberechnung für die Innenstreckenbeleuchtung und eine ausdrückliche Bestätigung über die Einhaltung der Spezifikationen des ASFINAG Planungshandbuchs an. Im Antwortschreiben der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin vom 22. Oktober 2009 wird darauf hingewiesen, dass die speziellen "LongLife HIT-Leuchtmittel für das Projekt Amras (E40 Sockel) in österreichischen Tunnelanlagen bis dato aufgrund einer beschriebenen historischen Entwicklung noch nicht eingesetzt worden wären; daher könne ein Referenznachweis, der in der Ausschreibung auch nicht gefordert gewesen wäre, nicht erbracht werden. Eine Beleuchtungsberechnung und die geforderte Bestätigung wurden beigelegt. Ebenso wurden diesem Schreiben Leuchtmittel-Anwendungsbereichsunterlagen und zugehörige Informationsblätter, die das Firmenlogo von GE tragen, beigelegt.

Mit Schreiben vom 29. Oktober 2009 wurde die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin von der Auftraggeberin aufgefordert den Nachweis zu erbringen, dass "ihr angebotenes Leuchtmittel (von der Fa GE-Lighting)" mit der in ihrer Berechnung verwendeten Leuchte (Siteco) kompatibel sei sowie eine erneute Beleuchtungsberechnung nachzureichen. Mit Schreiben vom 3. November 2009 bestätigte die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin die geforderte Kompatibilität hinsichtlich des Leuchtmittels der Firma GE unter Hinweis auf beigefügte Unterlagen und übermittelte eine neue Beleuchtungsberechnung.

In den von der Auftraggeberin vorgelegten Originalunterlagen des Vergabeverfahrens befinden sich im Ordner, in welchem auch der Vergabebericht enthalten ist, drei Produktdatenblätter mit Spezifikationen zu einzelnen Leuchtmitteln von GE. Dabei ist ersichtlich, dass für eine HIT-Tunnelleuchte 250 W eine Lebensdauer von 24.000 Stunden angeführt wird.

Ein plausibler und eindeutiger Nachweis einer Leuchtmittellebensdauer von 18.000 Stunden übersteigenden Leuchtmittellebensdauer für von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin angebotene Leuchtmittel der Fabrikate OSRAM, PHILIPS oder AURA befindet sich nicht in den von der Auftraggeberin vorgelegten Originalunterlagen des Vergabeverfahrens, noch können daraus Unterlagen entnommen werden, aus denen hervorgeht, dass die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin entsprechende plausible und eindeutige Nachweise vorgelegt hat.

Im Vergabebericht wird zur Prüfung des Angebotes der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin ausgeführt, dass eine vertiefte Prüfung der angebotenen Qualitätskriterien durchgeführt worden sei. Diesbezüglich wird darin festgehalten, dass die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin für den Auftraggeberentwurf 2 eine Leuchtmittellebensdauer von 35.000 Stunden angeboten habe. Da ein derartiges Leuchtmittel mit den geforderten Spezifikationen nicht am Markt verfügbar sei, sei die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin um Aufklärung ersucht worden. Zusätzlich wären im Zuge der Angebotsprüfung weiterführende Prüfungen angestellt worden, die insgesamt dazu geführt hätten, dass auf Grund der Prüfungen und Nachforschungen anhand der Herstellerangaben belegbar sei, dass das angebotene

Leuchtmittel über eine längere Lebensdauer als andere, bisher gebräuchliche Leuchtmittel verfüge. Aufgrund der Betriebsvorgaben in der Ausschreibungsunterlage B.5 erscheine jedoch der Ansatz der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin, wonach die Lampen im tatsächlichen Betrieb nie ausgeschaltet werden würden, nicht gesichert anwendbar. Damit erscheine auch eine Anrechnung der Qualitätspunkte für 35.000 Stunden nicht gesichert angemessen. Aufgrund der verifizierten

Herstellerangaben könne jedoch davon ausgegangen werden, dass das angebotene Leuchtmittel der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin eine deutlich längere Lebensdauer erreiche als Produkte anderer Bieter. Dieser direkte Vergleich der Herstellerangaben werde daher auch für die Bewertung der Qualitätspunkte herangezogen. Damit sei sichergestellt, dass keine allenfalls zu bestreitende Überbewertung des angebotenen Qualitätskriteriums der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin in der Angebotsprüfung vorliege. Die Qualitätspunkte würden jedoch für 24.000 Stunden angerechnet werden. Damit reduzierten sich die erreichten Qualitätspunkte von 0,425 auf nunmehr 0,15 Punkte.

Weder die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin noch die Antragstellerin haben in ihren Angeboten eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist angeboten.

Im Vergabebericht wurde somit das Angebot (Auftraggeberentwurf 2) der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin mit 105,9948 Preispunkten und 0,150 Qualitätspunkten, insgesamt somit mit 106,1448 Gesamtpunkten und an zweiter Stelle das Angebot (Auftraggeberentwurf 2) der Antragstellerin mit 106,1279 Preispunkten und 0 Qualitätspunkten, insgesamt somit mit 106,1279 Gesamtpunkten beurteilt.

Die Zuschlagsentscheidung wurde allen Bietern und somit auch der Antragstellerin mit Telefax am 20. November 2009 bekannt gegeben. In Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an die Antragstellerin ist unter anderem folgende Passage enthalten:

"Nach erfolgter inhaltlicher Prüfung der Angebote dürfen wir Ihnen in Entsprechung des § 131 BVergG 2006 bekannt geben, dass das erfolgreiche Angebot nachfolgende Merkmale und Vorteile aufweist." Nach erfolgter inhaltlicher Prüfung der Angebote dürfen wir Ihnen in Entsprechung des Paragraph 131, BVergG 2006 bekannt geben, dass das erfolgreiche Angebot nachfolgende Merkmale und Vorteile aufweist.

In der nachfolgend abgebildeten Tabelle ist die Punktezahzahl des ermittelten Bestbieters (Platz 1) sowie ihres Angebotes (AG 1 und AG 2) zu entnehmen und liegen die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes in der ausschreibungsgemäß definierten Bestbieterermittlung begründet.

Zuschlagsermittlung Punkte- Erfolgreiches Ihr Ihr

Und Kriterien vergabe Angebot Abgebot Angebot

(AGE 2) (AGE 1) (AGE 2)

Schätzkosten

des AG:

Nettopreis €

(Fix- Leistung) XXX XXX XXX XXX

Nettopreis €

(optional) XXX XXX XXX XXX

Punkte Preis 105,9948 92,2355 106,1279

Punkte Qualität 0,150 1,00 0,00

Punkte Gesamt 106,1448 93,2355 106,1279

Reihung der Bieter 1 11 1

Unter Bezugnahme auf die zuvor gemachten Darlegungen war Ihr Angebot daher aus folgenden Gründen abzulehnen:

Als Grund für die Ablehnung Ihres Angebotes (Auftraggeberentwurf 1 und Auftraggeberentwurf 2) darf mitgeteilt werden, dass auf Grund der erfolgten Preis- und Qualitätsbewertung Ihr Angebot nicht an erster Stelle liegt und daher für eine Zuschlagserteilung nicht in Frage kommt."

Der sich gegen diese Zuschlagsentscheidung richtende Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wurde mit Schriftsatz vom 3. Dezember 2009, elektronisch nach Beendigung der Amtsstunden am 3. Dezember 2009 um 20.38 Uhr eingebracht; er langte im Bundesvergabeamt zu Beginn der Amtsstunden am 4. Dezember 2009 ein. Die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den gleichzeitig gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 10. Dezember 2009, N/0120-BVA/05/2009-7EV stattgegeben wurde, in Höhe von gemeinsam Euro XXX wurden vergaberechtskonform entrichtet. Der sich gegen diese Zuschlagsentscheidung richtende Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wurde mit Schriftsatz vom 3. Dezember 2009, elektronisch nach Beendigung der Amtsstunden am 3. Dezember 2009 um 20.38 Uhr eingebracht; er langte im Bundesvergabeamt zu Beginn der Amtsstunden am 4. Dezember 2009 ein. Die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den gleichzeitig gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 10. Dezember 2009, N/0120-BVA/05/2009-7EV stattgegeben wurde, in Höhe von gemeinsam Euro römisch 30 wurden vergaberechtskonform entrichtet.

Am 18. Dezember 2009 wurde von der Antragstellerin Einsicht in Akten des Nachprüfungsverfahrens genommen.

Am 8. Jänner 2010 fand eine erste mündliche Verhandlung statt. Dabei wurde jedoch eine Frage aufgeworfen, die der Senat nicht ohne Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Bereich Elektrotechnik / Informationstechnik / elektrische Anlagen / Elektroinstallationen / Schaltgeräte zu beantworten vermochte. Daher wurde die Verhandlung unterbrochen und den Verfahrensparteien die Möglichkeit eingeräumt, sich zu einer Beiziehung eines nicht amtlichen Sachverständigen zu äußern. Diese sprachen sich auch nicht gegen eine Beiziehung aus. Nach Durchführung eines Parteiengehörs zur vorgeschlagenen Person des nichtamtlichen Sachverständigen und zum Gutachtensauftrag wurde mit Senatsbeschluss vom 14. Jänner 2010 beschlossen, Ziviltechniker C***, staatlich befugter und beedeter Ingenieurkonsulent für Elektrotechnik, allgemein beedeter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger, zum nicht amtlichen Sachverständigen zu bestellen. Die Bestellung erfolgte mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 14. Jänner 2010, N/0120-BVA/05/2009-32. An den nichtamtlichen Sachverständigen erging das Ersuchen, Befund und Gutachten zu folgender Frage zu erstellen:

"Im Angebot der A*** werden im Teil B/8 auf Seite 19 unter der Gruppe "11 Lüftungsanlage" bei den Bieterlücken zum Punkt "periphere Steuerungen" keine Angaben gemacht. Ist das Angebot der A*** aus Sicht eines mit dem erforderlichen technischen Sachverstand ausgestatteten Sachverständigen in diesem Punkt bei Gesamtbetrachtung dieses Angebotes trotzdem ausschreibungskonform bzw. vollständig?"

Am 1. Februar 2010 langten Befund und Gutachten im Bundesvergabeamt ein. Das Parteiengehör wurde durchgeführt. Im Wesentlichen zusammengefasst kommt der Sachverständige zum Ergebnis, dass das Angebot der Antragstellerin bei

Gesamtbetrachtung ausschreibungskonform bzw. vollständig ist. Dazu kommt der Sachverständige nach einer Einleitung, Ausführungen zu Begriffsbestimmungen, der Darstellung des ausgeschriebenen Prozessleitsystems, Hinweisen zur geforderten Einheitlichkeit von Produkten, Ausführungen zur Verwendung lokaler Steuereinheiten bzw. zu deren Anführung in der Ausschreibungsunterlage B.8 und Angaben zur Lüftersteuerung in seinem Gutachten zu folgender Aussage:

"ASFİNAG verpflichtet in den im Befund dargestellten Punkten den Anbieter einheitliche Produkte durchgängig zu verwenden. In der Bietererklärung B.8 ist in Leistungsgruppe 7 - Tunnelbeleuchtung und 8 - Straßenbeleuchtung als Fabrikat und Type für die periphere Steuerungen SIEMENS Type 1703 angegeben.

In der Leistungsgruppe 11 - Lüftungsanlage wurde die Bieterlücke von A*** nicht ausgefüllt.

Laut Datenpunktliste sind für die Erfüllung der Gesamtfunktion der Verkehrsanlagensteuerung weitere LSE's bzw. periphere Steuerungen in unterschiedlichen Leistungsgruppen vorgesehen. Eine Abfrage von Fabrikat und Type außerhalb der Leistungsgruppe 7,8 und 11 erfolgte nicht.

Bei der angegebenen Type SIEMENS Systemfamilie 1703 handelt es sich um ein in der Verkehrsleittechnik bekanntes und bewährtes Produkt.

An zwei Stellen in der Bietererklärung, nämlich in der Tunnelbeleuchtung und bei der Straßenbeleuchtung, ist dieses Produkt auch ausgewiesen.

Mit der aus der Ausschreibung abzuleitenden Verpflichtung des Bieters eine einheitliche Systematik zu verwenden, muss A*** für die Herstellung des LSE's in der Lüftungssteuerung ebenfalls Geräte der Type SIEMENS 1703 verwenden."

Am 12. Februar 2010 wurde eine zweite mündliche Verhandlung abgehalten, zu der auch der nichtamtliche Sachverständige geladen wurde. Dieser erläuterte sein Gutachten. Es wurde den Parteien die Möglichkeit zur Fragestellung an den Sachverständigen gegeben. In dieser mündlichen Verhandlung bestätigte der Sachverständige über Frage des Senatsvorsitzenden insbesondere, dass der Begriff "SIEMENS 1703" so verstanden werden könnte, dass "SIEMENS" das Fabrikat und "1703" die Typenreihe einer peripheren Steuerung darstellen würde sowie, dass davon ausgegangen werden könnte, dass die Antragstellerin im Leistungsverzeichnis bei der Preisposition "OG 02 - Pos 25.1501D - "BZ Lüfter" auch die Hardware der peripheren Steuerung für die Lüftungsanlage - Fabrikat SIEMENS und Typenreihe 1703 ausgepriesen habe und dass der dort ausgepriesene Angebotspreis nachvollziehbar sei.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der wiedergegebene Sachverhalt ergibt sich aus den

übereinstimmenden bzw. widerspruchsfreien Angaben der Verfahrensparteien und findet volle Deckung in den von der Auftraggeberin vorgelegten Verfahrensunterlagen.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

zu Spruchpunkt I.: zu Spruchpunkt römisch eins.:

Gemäß § 312 Abs. 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig.

Da in der gegenständlichen Vergabeangelegenheit ein Widerruf oder ein Zuschlag im Vergabeverfahren nicht erfolgte, ist das Bundesvergabeamt gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig. Da in der gegenständlichen Vergabeangelegenheit ein Widerruf oder ein Zuschlag im Vergabeverfahren nicht erfolgte, ist das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig.

1. 1) Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie
2. 2) Ziffer 2
zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeber im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch einen öffentlichen Auftraggeber (vgl. Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 10. Dezember 2009, N/0120-BVA/05/2009-7EV) zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 1 BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 3 BVergG fallen. Das Bundesvergabegesetz und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei dieses gemäß § 303 Abs. 1 iVm § 304 Abs. 1 BVergG im Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes vom Vorsitzenden zugewiesen wurde, tätig wird. An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch einen öffentlichen Auftraggeber vergleiche Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 10. Dezember 2009, N/0120-BVA/05/2009-7EV) zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG

und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG fallen. Das Bundesvergabegesetz und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei dieses gemäß Paragraph 303, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 304, Absatz eins, BVergG im Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts vom Vorsitzenden zugewiesen wurde, tätig wird.

Für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sieht § 320 Abs. 1 BVergG vor, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern Für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sieht Paragraph 320, Absatz eins, BVergG vor, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern

1. 1) Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2) Ziffer 2

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

Hiezu wird vom entscheidenden Senat ausgeführt, dass bislang weder eine Zuschlagserteilung noch eine Widerrufserklärung vorliegt. Die Zuschlagsentscheidung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hat die Antragstellerin glaubhaft dokumentiert, indem sie im Vergabeverfahren ein Angebot gelegt und letztlich auch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt hat. Auf einen drohenden Schaden wurde im Nachprüfungsantrag hingewiesen. Somit war das Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Hiezu wird vom entscheidenden Senat ausgeführt, dass bislang weder eine Zuschlagserteilung noch eine Widerrufserklärung vorliegt. Die Zuschlagsentscheidung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hat die Antragstellerin glaubhaft dokumentiert, indem sie im Vergabeverfahren ein Angebot gelegt und letztlich auch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt hat. Auf einen drohenden Schaden wurde im Nachprüfungsantrag hingewiesen. Somit war das Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Der Nachprüfungsantrag ist unter Hinweis auf § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG rechtzeitig Der Nachprüfungsantrag ist unter Hinweis auf Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG rechtzeitig.

Auch die sonstigen Antragsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG sind erfüllt Auch die sonstigen Antragsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG sind erfüllt.

Vorab ist festzuhalten, dass gegen die Ausschreibung, die Ausschreibungsunterlagen und ihre Textierung kein Nachprüfungsverfahren beantragt wurde (§ 321 Abs. 2 BVergG). Sie sind daher, selbst wenn eine Festlegung gesetz- oder gemeinschaftsrechtswidrig sein sollte, bestandsfest geworden. (vgl. beispielsweise für viele BVA vom 24. November 2008, N/0139-BVA/05/2008-16). Vorab ist festzuhalten, dass gegen die Ausschreibung, die Ausschreibungsunterlagen und ihre Textierung kein Nachprüfungsverfahren beantragt wurde (Paragraph 321, Absatz 2, BVergG). Sie sind daher, selbst wenn eine Festlegung gesetz- oder gemeinschaftsrechtswidrig sein sollte, bestandsfest geworden. vergleiche beispielsweise für viele BVA vom 24. November 2008, N/0139-BVA/05/2008-16).

Sofern von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin in ihren Ausführungen die Antragslegitimation der Antragstellerin in Zweifel gezogen wird, ist dazu folgendes auszuführen:

- -Strichaufzählung

Zur behaupteten mangelnden Befugnis der Antragstellerin:

In der Ausschreibungsunterlage "B.1 Ausschreibungsgrundlagen" werden auf Seite 16 die erforderlichen und nachzuweisenden Befugnisse gemäß § 71 BVergG genannt, um die ausgeschriebenen Leistungen erbringen zu können. Eine Einschau in das Angebot der Antragstellerin und die dabei angestellte Nachprüfung hat ergeben, dass die Antragstellerin zu allen geforderten Befugnissen entweder selbst oder durch von ihr bereits in ihrem Angebot genannte Subunternehmer die entsprechende Befugnis nachweist. In der Ausschreibungsunterlage "B.1

Ausschreibungsgrundlagen" werden auf Seite 16 die erforderlichen und nachzuweisenden Befugnisse gemäß Paragraph 71, BVergG genannt, um die ausgeschriebenen Leistungen erbringen zu können. Eine Einschau in das Angebot der Antragstellerin und die dabei angestellte Nachprüfung hat ergeben, dass die Antragstellerin zu allen geforderten Befugnissen entweder selbst oder durch von ihr bereits in ihrem Angebot genannte Subunternehmer die entsprechende Befugnis nachweist.

Dazu wird vom Bundesvergabeamt auf § 76 Abs. 1 BVergG hingewiesen. Demnach kann sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmer bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Dazu wird vom Bundesvergabeamt auf Paragraph 76, Absatz eins, BVergG hingewiesen. Demnach kann sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmer bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Die Prüfung der Voraussetzungen für eine Anerkennung der Befugnisse der Antragstellerin wie auch jene der von ihr genannten Subunternehmer erfolgte durch die Auftraggeberin unter Berücksichtigung von §§ 76 und 83 BVergG vergaberechtskonform. Die Prüfung der Voraussetzungen für eine Anerkennung der Befugnisse der Antragstellerin wie auch jene der von ihr genannten Subunternehmer erfolgte durch die Auftraggeberin unter Berücksichtigung von Paragraphen 76 und 83 BVergG vergaberechtskonform.

Zusätzlich wurden von der Antragstellerin auf dem entsprechenden Formblatt in der Ausschreibungsunterlage B.8 auf Seite 16 (diese wurde von der Antragstellerin aus Platzmangel in die Seiten 16 A und 16 B unterteilt) auch Subunternehmer mit nicht in der Ausschreibungsunterlage B.1 auf Seite 16 genannten Befugnissen, wie zum Beispiel "Baumeisterarbeiten" namhaft gemacht und auch die dafür erforderlichen Nachweise beigebracht.

Soweit die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin darauf hinweist, dass neben den in der Ausschreibungsunterlage B.1 genannten Befugnissen weitere Befugnisse für eine ordnungsgemäße Leistungsdurchführung erforderlich wären, wird - so wie auch in der entsprechenden Prüfmatrix der Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin festgehalten - auf § 32 GewO und die darin enthaltenen sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden hingewiesen. Soweit die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin darauf hinweist, dass neben den in der Ausschreibungsunterlage B.1 genannten Befugnissen weitere Befugnisse für eine ordnungsgemäße Leistungsdurchführung erforderlich wären, wird - so wie auch in der entsprechenden Prüfmatrix der Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin festgehalten - auf Paragraph 32, GewO und die darin enthaltenen sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden hingewiesen.

Das Bundesvergabeamt sieht nach eingehender Befassung mit der Prüfung der im Angebot der Antragstellerin angeführten Befugnisse gemäß § 71 BVergG durch die Auftraggeberin keine Veranlassung, davon auszugehen, dass im Falle einer Auftragserteilung an die Antragstellerin die ausgeschriebene Leistungserbringung ohne die erforderlichen Befugnisse gemäß § 71 BVergG ausgeübt werden würde. Das Bundesvergabeamt sieht nach eingehender Befassung mit der Prüfung der im Angebot der Antragstellerin angeführten Befugnisse gemäß Paragraph 71, BVergG durch die Auftraggeberin keine Veranlassung, davon auszugehen, dass im Falle einer Auftragserteilung an die Antragstellerin die ausgeschriebene Leistungserbringung ohne die erforderlichen Befugnisse gemäß Paragraph 71, BVergG ausgeübt werden würde.

- -Strichauflistung
zum von der Antragstellerin nicht vollständig ausgefüllten Bieterlückenverzeichnis in der Ausschreibungsunterlage "B.8 Erklärung des Bieters":

Auf Seite 20 des Bieterlückenverzeichnisses der Ausschreibungsunterlage "B.8 Erklärung des Bieters" im Angebot der Antragstellerin fehlt bei der Gruppe "25 Videoanlage" die Angabe der Typenreihe des Herstellers der im Angebot der Antragstellerin angebotenen Videoauswertungssoftware. In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass in dieser Bieterlücke nach dem Hersteller der angebotenen Videoauswertungssoftware gefragt wird. Diese Angabe wird von der Antragstellerin in dieser Bieterlücke auch richtig mit "CENTER" wiedergegeben. Ein Hersteller einer

Videoauswertungssoftware kann nicht in Typenreihen unterteilt werden. Nur die von einem Hersteller stammenden Waren oder Dienstleistungen können allenfalls in Typenreihen unterteilt werden. Der zur Entscheidung berufene Senat des Bundesvergabeamtes kommt daher zur Auffassung, dass diese Bieterlücke auf Seite 20 der Ausschreibungsunterlage B.8 von der Antragstellerin vollständig und richtig, sohin vergaberechtskonform ausgefüllt wurde. Zudem wurde, als im Zuge der Angebotsprüfung die Auftraggeberin nach dem Fabrikat und der Typenreihe hinsichtlich der angebotenen Videoauswertungssoftware der Antragstellerin fragte, genau jenes Fabrikat bzw. jene Typenreihe genannt, die auch in der "Gruppe 25.

Informationsverarbeitung" hinsichtlich der Angaben zu "Software Videobedienrechner" - nämlich "Center - VBTC" - bereits im Angebot der Antragstellerin vollständig genannt wurden. Diesbezüglich wird insbesondere auch unter Beweis gestellt, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot in diesem Bereich dem in der Ausschreibung vorgegebenen Einheitlichkeitsgebot (vgl. beispielsweise Ausschreibungsunterlage B.5, Kapitel 5.1.2, wo festgehalten wird, dass aus Gründen der Optimierung und der Einheitlichkeit der Instandhaltung, Instandsetzung, Lagerwirtschaft und Wartung einheitliche technische Teile, Typen und Komponenten für das gesamte Gewerk durchgehend zu verwenden sind.) entspricht. Informationsverarbeitung" hinsichtlich der Angaben zu "Software Videobedienrechner" - nämlich "Center - VBTC" - bereits im Angebot der Antragstellerin vollständig genannt wurden. Diesbezüglich wird insbesondere auch unter Beweis gestellt, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot in diesem Bereich dem in der Ausschreibung vorgegebenen Einheitlichkeitsgebot vergleiche beispielsweise Ausschreibungsunterlage B.5, Kapitel 5.1.2, wo festgehalten wird, dass aus Gründen der Optimierung und der Einheitlichkeit der Instandhaltung, Instandsetzung, Lagerwirtschaft und Wartung einheitliche technische Teile, Typen und Komponenten für das gesamte Gewerk durchgehend zu verwenden sind.) entspricht.

Unbestreitbar ist, dass das Angebot der Antragstellerin insofern unvollständig ist, als das Bieterlückenverzeichnis der Ausschreibungsunterlage "B.8 Erklärung des Bieters" im Angebot der Antragstellerin auf Seite 19, bei der Gruppe "11 Lüftungsanlage" hinsichtlich des angebotenen Fabrikates und der angebotenen Typenreihe der anzubietenden peripheren Steuerung keine Angaben enthält. Darin erblickt der zur Entscheidung berufene Senat des Bundesvergabeamtes einen Mangel, zumal in einem Angebot von einem Bieter tatsächlich auch eine periphere Steuerung für die anzubietende Lüftungsanlage anzubieten war. Für eine solche periphere Lüftungssteuerung kann auch - so wie an anderer Stelle desselben Bieterlückenverzeichnisses für die periphere Steuerung für die Straßen- oder Tunnelbeleuchtung - unbestreitbar auch sowohl das Fabrikat als auch die zugehörige Typenreihe angegeben werden. Dass Fabrikat und Typenreihe der angebotenen peripheren Lüftungssteuerung im Bieterlückenverzeichnis der Ausschreibungsunterlage B.8 zu nennen waren, ist unbestreitbar. Dabei ist nach Ansicht des zur Entscheidung berufenen Senates auch unerheblich, warum diese Abfrage an einer bestimmten Stelle in der Unterlage B.8 erfolgte. Wesentlich ist einzig, dass diese Abfrage erfolgte, entsprechende Bieterangaben zu machen waren und dass die Antragstellerin es bis jetzt unterlassen hat, in ihrem Angebot die geforderten Angaben zur peripheren Lüftungssteuerung zu tätigen. Als Zwischenergebnis kommt daher der zur Entscheidung berufene Senat des Bundesvergabeamtes zum Ergebnis, dass das Angebot der Antragstellerin einen Mangel aufweist.

Die nächste Frage, die der Senat bei seiner Beurteilung zu beantworten hatte, war, ob es sich bei diesem festgestellten Mangel um einen behebbaren oder nicht behebbaren Mangel handelt. Ein nicht behebbarer Mangel führt dazu, dass das betreffende Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden ist und für eine Zuschlagsentscheidung bzw. Zuschlagserteilung nicht in Frage kommen kann. Ein Angebot, das einen behebbaren Mangel aufweist, kommt - jedenfalls aber erst nach einer tatsächlich durchgeführten Verbesserung des Angebotes durch den Bieter innerhalb der für den Verbesserungsauftrag der Auftraggeberin zu setzenden Verbesserungsfrist (siehe dazu BVA vom 7. Juni 2004, 07N-39/04-29 und dazu bestätigend VwGH vom 10. Dezember 2009, 2005/04/0201-9), für eine Zuschlagsentscheidung bzw. Zuschlagserteilung in Frage. Die nächste Frage, die der Senat bei seiner Beurteilung zu beantworten hatte, war, ob es sich bei diesem festgestellten Mangel um einen behebbaren oder nicht behebbaren Mangel handelt. Ein nicht behebbarer Mangel führt dazu, dass das betreffende Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden ist und für eine Zuschlagsentscheidung bzw. Zuschlagserteilung nicht in Frage kommen kann. Ein Angebot, das einen behebbaren Mangel aufweist, kommt - jedenfalls aber erst nach einer tatsächlich durchgeführten Verbesserung des Angebotes durch den Bieter innerhalb der für den Verbesserungsauftrag

der Auftraggeberin zu setzenden Verbesserungsfrist (siehe dazu BVA vom 7. Juni 2004, 07N-39/04-29 und dazu bestätigend VwGH vom 10. Dezember 2009, 2005/04/0201-9), für eine Zuschlagsentscheidung bzw. Zuschlagserteilung in Frage.

Die Frage, ob ein behebbarer oder unbehebbarer Mangel vorliegt, hat sich unter Berücksichtigung der gemeinsamen ständigen Spruchpraxis des VwGH und des Bundesvergabeamtes daran zu orientieren, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert werde (vgl. dazu VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186 oder VwGH vom 29. Juni 2005, 2005/04/0024, bzw. für viele bspw. BVA vom 11. November 2009, N/0105-BVA/04/2009-39). Die Frage, ob ein behebbarer oder unbehebbarer Mangel vorliegt, hat sich unter Berücksichtigung der gemeinsamen ständigen Spruchpraxis des VwGH und des Bundesvergabeamtes daran zu orientieren, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert werde vergleiche dazu VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186 oder VwGH vom 29. Juni 2005, 2005/04/0024, bzw. für viele bspw. BVA vom 11. November 2009, N/0105-BVA/04/2009-39).

Im gegenständlichen Fall stellte sich somit die Frage, ob man - so die übereinstimmende Sichtweise der Antragstellerin und der Auftraggeberin, dem eine gegenteilige Sichtweise der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin gegenüber steht - aus dem Angebot der Antragstellerin zweifelsfrei erkennen kann, was in der Bieterlücke, die die Antragstellerin in ihrem Angebot unausgefüllt gelassen hat, einzufüllen gewesen wäre. Damit ist die Frage verbunden, ob die Antragstellerin noch nach Angebotsöffnung eine Wahl zwischen mehreren Möglichkeiten, die Bieterlücke auszufüllen, hätte. Damit wäre nämlich ein Wettbewerbsvorteil verbunden, den andere am Vergabeverfahren teilnehmende Bieter nicht haben. Da diese Frage unter anderem auch einen besonderen elektrotechnischen Kenntnisstand erforderte, wurde zu dieser Frage ein nicht amtlicher Sachverständiger aus dem Fachbereich Bereich Elektrotechnik / Informationstechnik / elektrische Anlagen / Elektroinstallationen / Schaltgeräte hinzugezogen, der in seinem Gutachten widerspruchsfrei, schlüssig und nachvollziehbar zum Ergebnis kam, dass im überprüften Bereich aus technischer Sicht das Angebot der Antragstellerin ausschreibungskonform und vollständig sei. Es sei zweifelsfrei zu erkennen, dass die Antragstellerin eine periphere Steuerung für die von ihr angebotene Lüftung angeboten habe und dass es sich nur um Geräte des Fabrikates "SIEMENS" und der Typenreihe "1703" handeln könne. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot dieses Fabrikat und diese Typengruppe bereits genannt und es sei nicht möglich - sofern ausschreibungskonform angeboten werde - ein anderes Fabrikat bzw. eine andere Typengruppe als SIEMENS 1703 für die angebotene Lüftungssteuerung zu wählen.

Ausgehend von den technischen Ausführungen und Schlussfolgerungen des Sachverständigen kam somit der zuständige Senat des Bundesvergabeamtes bei seinen Beratungen zum Ergebnis, dass die Antragstellerin im Falle einer Verbesserung ihres mangelhaften Angebotes beim Ausfüllen der gegenständlichen Bieterlücke keine Wahlmöglichkeiten und somit auch keinen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen am Vergabeverfahren teilnehmenden Bietern hat. Vielmehr hat sie bereits vor Angebotsöffnung eine periphere Lüftungssteuerung tatsächlich angeboten (siehe zugehörige Position in ihrem Leistungsverzeichnis) und durch die Festlegung von "SIEMENS 1703" im Angebot an anderer Stelle sich bereits dafür entschieden, genau "SIEMENS 1703" anzubieten. Im Ergebnis bedeutet das, dass im Angebot der Antragstellerin ein Mangel vorliegt, der behebbbar ist.

Sofern die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin im Nachprüfungsverfahren den Versuch unternommen hat, darzulegen, dass es sich bei "1703" nicht um eine zum Fabrikat "SIEMENS" zugehörige Typenreihe sondern es sich bei den Typen SIEMENS AK1703, SIEMENS AMC1703 oder SIEMENS AM1703 um Typengruppen handelt, wird auf die diesbezüglichen klaren, widerspruchsfreien und einer anderen Auslegung nicht zugänglichen Aussagen des Sachverständigen hingewiesen. Wenn die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin darüberhinaus versucht hat, darzulegen, dass in der gegenständlichen Bieterlücke einzelne Modelle oder Typen zu nennen gewesen wären, so wird auf den Wortlaut der Ausschreibungsunterlage B.8 verwiesen, wo nicht nach Modellen oder Typen sondern nach Typengruppen gefragt wurde.

Das Bundesvergabeamt weist jedoch darauf hin, dass - obwohl in der gegenständlichen Entscheidung die Zuschlagsentscheidung vom 20. November 2009 für nichtig erklärt wird - von der Auftraggeberin nicht (sofort) eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Angebotes der Antragstellerin getroffen werden kann. Eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten dieses Angebotes könnte nur dann getroffen werden, wenn zuvor einem Verbesserungsauftrag zur Behebung des festgestellten behebbaren Mangels entsprochen werden würde.

Im Ergebnis bedeutet das, dass das Angebot der Antragstellerin für eine Zuschlagsentscheidung bzw. Zuschlagserteilung in Frage kommt. Der Antragstellerin kommt damit im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren Antragslegitimation zu.

Zu den Ausführungen der Antragstellerin, wonach die angefochtene Zuschlagsentscheidung deswegen für nichtig zu erklären sei, da sie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nicht vollständig enthalte, ist auszuführen, dass es richtig ist, dass die konkret anerkannte und bewertete Lebensdauer der von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin angebotenen Leuchtmittel nicht wiedergegeben wird. Es wird jedoch in der Zuschlagsentscheidung auf die Qualitätspunkte hingewiesen. Zusätzlich wurden diese auch explizit genannt. In den Ausschreibungsunterlagen ist enthalten, wie die Punktevergabe erfolgt. Dass daraus mathematisch errechnet werden kann, welche zusätzliche Leuchtmittel-Lebensdauer von der Auftraggeberin bei der Vergabe der Qualitätspunkte Berücksichtigung fand, hat die Antragstellerin selbst unter Beweis gestellt, als sie in ihrem eigenen Schriftsatz vom 5. Jänner 2010 auf 24.000 Stunden hingewiesen hat. Diesbezüglich kommt der zur Entscheidung berufene Senat des Bundesvergabeamt zum Ergebnis, dass die Zuschlagsentscheidung die Formvorschriften des § 131 BVergG im Wesentlichen erfüllt hat, wenn auch eine etwas ausführlichere detailliertere verbale Erläuterung durch die Auftraggeberin zu einem besseren Verständnis beitragen könnte. Zu den Ausführungen der Antragstellerin, wonach die angefochtene Zuschlagsentscheidung deswegen für nichtig zu erklären sei, da sie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nicht vollständig enthalte, ist auszuführen, dass es richtig ist, dass die konkret anerkannte und bewertete Lebensdauer der von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin angebotenen Leuchtmittel nicht wiedergegeben wird. Es wird jedoch in der Zuschlagsentscheidung auf die Qualitätspunkte hingewiesen. Zusätzlich wurden diese auch explizit genannt. In den Ausschreibungsunterlagen ist enthalten, wie die Punktevergabe erfolgt. Dass daraus mathematisch errechnet werden kann, welche zusätzliche Leuchtmittel-Lebensdauer von der Auftraggeberin bei der Vergabe der Qualitätspunkte Berücksichtigung fand, hat die Antragstellerin selbst unter Beweis gestellt, als sie in ihrem eigenen Schriftsatz vom 5. Jänner 2010 auf 24.000 Stunden hingewiesen hat. Diesbezüglich kommt der zur Entscheidung berufene Senat des Bundesvergabeamt zum Ergebnis, dass die Zuschlagsentscheidung die Formvorschriften des Paragraph 131, BVergG im Wesentlichen erfüllt hat, wenn auch eine etwas ausführlichere detailliertere verbale Erläuterung durch die Auftraggeberin zu einem besseren Verständnis beitragen könnte.

Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin hat in ihrem Angebot unbestreitbar Tunnelleuchtmittel der Fabrikate OSRAM, PHILIPS, GE und AURA angeboten. Die Bieterlücke, in welcher das oder die angebotenen Fabrikate durch Angabe der zugehörigen Typenreihe näher zu spezifizieren war, wurde von der Antragstellerin mit "LM-S / LL" ausgefüllt. In der mündlichen Verhandlung am 12. Februar 2010 wurde von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin dazu ausgeführt, dass "LM-S / LL" für "Leuchtmittel-Sonder / longlife" stehe. Damit werde für den jeweiligen Hersteller die entsprechende Longlife-Typenreihe spezifiziert. Aus der Angabe in der entsprechenden Bieterlücke im Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin, verbunden mit den Ausführungen der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung vom 12. Februar 2010, war für den zur Entscheidung berufenen Senat des Bundesvergabeamtes zu erkennen, dass im Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin vier verschiedene Fabrikate für einen Einsatz als Leuchtmittel angeboten wurden, wobei es sich jeweils um Sondermodelle mit einer besonders langen Lebens- oder Einsatzdauer der angebotenen Fabrikate handle. Eine durchgeführte Internetrecherche auf den Homepages der Hersteller OSRAM, PHILIPS und GE durch den Senatsvorsitzenden des entscheidenden Senat des Bundesvergabeamtes hat ergeben, dass dort keine Leuchtmittel mit einer Typenreihe "LM-S / LL" angeboten werden. Es drängt sich die Frage auf, ob die anzugebende Typenreihe im Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin nachprüfbar und sohin ausschreibungskonform angeboten wurde oder ob diesbezüglich ein Mangel, sei es ein behebbarer oder ein nicht behebbarer Mangel, im Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin vorliegt. Eine Beantwortung dieser Fragen ist für die Entscheidung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren jedoch nur von nachgeordnetem Interesse und konnte somit dahingestellt bleiben.

Zum Anbieten von mehreren verschiedenen Leuchtmitteln im Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin in der Bieterlücke der Ausschreibungsunterlage B.8 auf Seite 19 unter der Gruppe "07 Tunnelbeleuchtung", wo nach "Leuchtmittel DF Auftraggeberentwurf 2" gefragt wird (wird im Weiteren als "Mehrfachnennung" bezeichnet) wird vom zur Entscheidung berufenen Senat des Bundesvergabeamtes ausgeführt, dass weder im BVergG gesetzliche Bestimmungen noch diesbezügliche in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Bestimmungen oder Regelungen gefunden werden konnten, die ein diesbezügliches Gebot oder Verbot enthalten. Die beabsichtigte

Zuschlagsempfängerin hat viel mehr in zwei Beilagen zu ihrer Stellungnahme vom 9. Februar 2010 den Nachweis erbracht, dass die Auftraggeberin offensichtlich in anderen Vergabeverfahren vergleichbare Mehrfachnennungen in Angeboten explizit verboten hat, und somit, wenn sie Mehrfachnennungen nicht zulassen will, auch eine entsprechende Regelung in den Ausschreibungsunterlagen verankert. Da von der Auftraggeberin sowohl im gegenständlichen Vergabeverfahren offensichtlich Mehrfachnennungen zugelassen wurden und Angebote mit Mehrfachnennungen nicht ausgeschlossen wurden und die Auftraggeberin auch im Nachprüfungsverfahren den diesbezüglichen Ausführungen der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin ohne Kommentar nicht entgegentritt, hat auch der zur Entscheidung berufene Senat 5 des Bundesvergabeamtes keine Veranlassung zur Auffassung zu gelangen, dass Mehrfachnennungen nicht ausschreibungskonform sein sollten.

Dazu wird jedoch angemerkt, dass - wenn von einem Bieter in seinem Angebot mehrere Fabrikate mit den entsprechenden Typenreihen angeboten werden, die im Falle einer Zuschlagserteilung eingesetzt werden können - alle diese angebotenen Fabrikate (samt zugehörigen zu bezeichnenden Typenreihen) ausschreibungskonform sein müssen. Das bedeutet, dass - wenn nur ein einziges von mehreren angebotenen Fabrikaten (samt zugehöriger zu bezeichnender Typenreihe), das im Auftragsfall zum Einsatz kommen könnte, Anforderungen, die in der Ausschreibung enthalten sind, nicht erfüllt - dieses Angebot auszuschneiden wäre. Dabei könnte sich dann dieser Bieter nicht darauf berufen, dass er allenfalls andere ausschreibungskonforme Fabrikate (samt zugehörigen zu bezeichnenden Typenreihen) angeboten habe.

Nicht nur durch die Fabrikatsangabe "OSRAM / PHILIPS / GE / AURA" in ihrem Angebot sondern auch mit ihrer Antwort vom 29. September 2009 auf eine entsprechende Anfrage der Auftraggeberin, worin sie noch einmal sehr deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass sie mehrere Fabrikate von Leuchtmitteln angeboten habe, und sich selbst vorbehalte zu entscheiden, welches Leuchtmittel im Falle der Auftragserteilung zum Einsatz kommen soll, hat die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin klar und einer anderen Auslegung nicht zugänglich zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht ein einziges Leuchtmittel (Leuchtmittel des Fabrikats GE) sondern vier verschiedene Leuchtmittel angeboten hat. Als Zwischenergebnis wird festgehalten, dass von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin vier verschiedene Tunnel-Leuchtmittel angeboten wurden, welche im Falle einer möglichen Auftragserteilung an die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin eingesetzt werden können. Diese Bietererklärung ist weiterhin aufrecht. Es ist für das Bundesvergabeamt nicht nachvollziehbar, warum man im weiteren Vergabeverfahren davon ausgehen sollte, dass nicht vier verschiedene sondern nur ein einziges Leuchtmittel von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin angeboten worden wäre. Eine Annahme in diese Richtung wäre eine Verkennung des Sachverhaltes und eine willkürlich vorgenommene Veränderung des Angebotes der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin ohne rechtliche Grundlage. Die diesbezügliche Annahme durch die Auftraggeberin im Vergabeverfahren entbehrt einer rechtlichen Grundlage und erfolgte sohin ausschreibungs- und vergaberechtswidrig.

Der Sachverhalt, wonach von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot mehr als nur ein einziges Leuchtmittel angeboten wurde, ist insofern von Relevanz, als ein Bieter, für angebotene Leuchtmittel, welche eine Lebensdauer von 18.000 Stunden überschreiten, pro 10.000 Stunden zusätzlicher Lebensdauer 0,25 Punkte Qualitätspunkte erhält.

Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 22. September 2009 die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin aufgefordert sämtliche Nachweise vorzulegen, aus denen die angebotene Leuchtmittellebensdauer eindeutig hervorgehe. In diesem Schreiben wird von der Auftraggeberin auch darauf hingewiesen, dass ein plausibler und eindeutiger Nachweis der angebotenen Leuchtmittellebensdauer Voraussetzung für die Anerkennung der Qualitätspunkte sei.

Reaktion der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin war, dass sie in einem Schreiben vom 29. September 2009 darauf hinwies, dass in der Ausschreibung nicht gefordert gewesen wäre, für die angebotene und damit garantierte Lebensdauer Versuchsnachweise vorzulegen. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin würde eine Lebensdauer der angebotenen Leuchtmittel von 35.000 Stunden gewährleisten. Zusätzlich wurde von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin ein Datenblatt eines 250 W Leuchtmittels des Fabrikats GE mit einer darin bestätigten Leuchtmittellebensdauer bis zu 24.000 Stunden (Übersetzung von "up to 24.000 Hr life") vorgelegt.

Ausgehend vom Vorbringen der Parteien und dem zu beurteilenden Sachverhalt stellten sich daraus dem zur Entscheidung berufenen Senat des Bundesvergabeamtes folgende zu beantwortenden Fragen:

1. 1) Ziffer eins

Genügt die Abgabe eines Garantieversprechens im Hinblick auf die Zuerkennung von Leuchtmittlebensdauer-Qualitätspunkten oder muss eine Leuchtmittlebensdauer von mehr als 18.000 Stunden nachgewiesen werden?

2. 2) Ziffer 2

Falls die erste Frage so zu beantworten ist, dass die Abgabe eines Garantieverprechens nicht ausreicht, hat die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin die erforderlichen Nachweise für die von ihr angebotenen Leuchtmittel erbracht, damit ihrem Angebot Leuchtmittlebensdauer-Qualitätspunkte zuerkannt werden können?

Die erste Frage muss unter Berücksichtigung des Wortlautes der Ausschreibungsunterlagen beantwortet werden.

In diesem Zusammenhang wird festgehalten, dass es der ständigen Judikatur des VwGH und des Bundesvergabebeamten entspricht, dass die für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ABGB auch im Vergaberecht anzuwenden sind und die Auslegung von In diesem Zusammenhang wird festgehalten, dass es der ständigen Judikatur des VwGH und des Bundesvergabebeamten entspricht, dass die für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ABGB auch im Vergaberecht anzuwenden sind und die Auslegung von

Formulierungen in Ausschreibungsunterlagen leiten (vgl. beispielsweise VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157 oder BVA vom 28. Juli 2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA vom 23. November 2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA vom 27. November 2006, F/0001-BVA/14/2006-44, BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20 oder BVA vom 24.11.2008, N/0139-BVA/05/2008-16): Formulierungen in Ausschreibungsunterlagen leiten vergleiche beispielsweise VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157 oder BVA vom 28. Juli 2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA vom 23. November 2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA vom 27. November 2006, F/0001-BVA/14/2006-44, BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20 oder BVA vom 24.11.2008, N/0139-BVA/05/2008-16):

„Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus 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 und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend.“

Die Zuschlagskriterien werden in Ausschreibungsunterlage "B.1 Ausschreibungsgrundlagen" auf den Seiten 17 ff festgelegt. Bereits aus dem ersten Satz des Punktes 1.3.11.1.2 der Ausschreibungsunterlage B.1, wonach der Bieter angehalten sei, aus betrieblichen Gründen Leuchtmittel mit langer Lebensdauer anzubieten, ist zu entnehmen, dass es wesentlich ist, dass Leuchtmittel mit langer Lebensdauer angeboten werden und nicht dass versprochen werden soll, dass Leuchtmittel eine lange Lebensdauer haben werden. In diese eindeutige Richtung weisen auch alle weiteren Ausführungen der Ausschreibungsunterlage B.1. Der deutlichste Hinweis ist der Anfrage der Auftraggeberin an die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin vom 22. September 2009 zu entnehmen, wo die Auftraggeberin erklärend ausdrücklich darauf hinweist, dass ein plausibler und eindeutiger Nachweis der angebotenen Leuchtmittlebensdauer Voraussetzung für die Anerkennung der Qualitätspunkte ist.

Warum die Auftraggeberin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens diese Auffassung nicht mehr teilt und sich der Auffassung der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin angeschlossen hat, kann nur vermutet werden, findet nach Auffassung des zur Entscheidung berufenen Senates 5 des Bundesvergabebeamten auch keinerlei Deckung in der dafür relevanten Ausschreibungsunterlage B.1.

Wenn die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin auf die Ausschreibungsunterlage B.5, Seite 81 verweist, wonach für Lampen von Tunnelleuchten eine Lebensdauer der Leuchtmittel von mindestens 12.000 Stunden zu gewährleisten sei, so ist dieser Hinweis insoweit richtig, als für Tunnelleuchten eine Lebensdauer der Leuchtmittel von mindestens 12.000 nur zu gewährleisten, nicht aber nachzuweisen ist. Das bedeutet jedoch nichts anderes, als dass die Auftraggeberin die üblicherweise bei Tunnelausstattungen zum Einsatz kommenden Leuchtmittel bereits kennt und von sich aus davon ausgeht, dass diese Leuchtmittel eine Mindestlebensdauer von 12.000 Stunden haben. Der Argumentationsschluss der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin, dass aus einer zu gewährleistenden Mindest-Leuchtmittlebensdauer gemäß einer Bestimmung in der Ausschreibungsunterlage B.5. darauf geschlossen werden müsste, dass es sich bei der

allenfalls anzubietenden zusätzlichen Leuchtmittellebensdauer gemäß einer Ausschreibungsbedingung in der Ausschreibungsunterlage B.1 ebenfalls nur um ein Gewährleistungsversprechen handeln würde, kann vom zur Entscheidung berufenen Senat des Bundesvergabeamtes nicht geteilt werden. Würde es sich bei dieser Bestimmung um ein allfälliges anzubietendes Gewährleistungsverlängerungsversprechen handeln, hätte auf diesen Umstand klar und deutlich in der Ausschreibungsunterlage B.1 bei den entsprechenden Bestimmungen zu den Zuschlagskriterien hingewiesen werden müssen.

Für den zur Entscheidung berufenen Senat ist diese Auslegung auch unter Berücksichtigung der Absicht der Auftraggeberin nicht nachvollziehbar. Die Absicht der Auftraggeberin kann nur sein, nach Abschluss der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung über einen funktionierenden Tunnel zu verfügen. Dazu muss sie sich bereits im Vorfeld davon überzeugen, dass derjenige, der mit der Auftragserfüllung beauftragt wird, die ausgeschriebenen Leistungen so erbringt, dass der Tunnel störungsfrei verwendet werden kann. Das kann durch ein bloßes Versprechen bzw. eine bloße Zusage nicht überprüft bzw. sichergestellt werden.

Im Ergebnis bedeutet das, dass der Senat 5 des Bundesvergabeamtes im Zuge seiner anzustellenden Beurteilung zum Ergebnis kommt, dass für eine Zuerkennung von Leuchtmittellebensdauer-Qualitätspunkten ein bloßes Gewährleistungsversprechen nicht ausreicht. Es müssen entsprechende qualifizierte Nachweise (Herstellerangaben oder sonstige Nachweise befugter Prüfeinrichtungen oder ähnliches), die überprüfbar und nachvollziehbar sind, vorgelegt werden.

Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin hat auch tatsächlich einen entsprechenden Nachweis, der überprüfbar und nachvollziehbar ist, für ein Leuchtmittel des von ihr angebotenen Fabrikats "GE" (mit eindeutiger Typengruppenbezeichnung gemäß Datenblatt, die jedoch nicht der Typengruppenbezeichnung in ihrem Angebot entspricht) vorgelegt. Weitere Nachweise für von ihr angebotene Leuchtmittel-Fabrikate (OSRAM, PHILIPS, AURA) hat die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin jedoch trotz eindeutigem Auftrag der Auftraggeberin zur Vorlage von sämtlichen Nachweisen, aus denen die angebotene Leuchtmittellebensdauer eindeutig hervorgeht, nicht vorgelegt.

Unter Berücksichtigung des Angebotes der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin und ihrer Beantwortung vom 29. September 2009 einer Auftraggeberanfrage vom 22. September 2009 entscheidet die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin erst nach einer allfälligen Zuschlagserteilung, welche von ihr angebotene Leuchtmittel der Fabrikate OSRAM, PHILIPS, GE oder AURA eingesetzt werden sollen. Das bedeutet, dass die Möglichkeit besteht, dass für die anzubietende Tunnelbeleuchtung jedes dieser Leuchtmittel-Fabrikate verwendet werden kann. Würde von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin im Auftragsfall entschieden werden, dass Leuchtmittel der von ihr angebotenen Fabrikate OSRAM, PHILIPS oder AURA verwendet werden, wäre es nicht nachvollziehbar, warum diesem Angebot im Rahmen einer ausschreibungsgemäßen Bewertung dieses Angebotes Qualitätspunkte zuzuerkennen wären.

Der zur Entscheidung berufene Senat 5 des Bundesvergabeamtes kommt daher zum Ergebnis, dass der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin unter Berücksichtigung der Ausschreibungsbestimmungen keine Leuchtmittellebensdauer-Qualitätspunkte zustehen, da sie nicht für sämtlich von ihr angebotene Leuchtmittel einen Nachweis über eine längere Leuchtmittellebensdauer von mehr als 18.000 Stunden erbracht hat. Unter Berücksichtigung der Ausschreibungsbestimmungen ist es nicht ausreichend, dass ein entsprechender Nachweis für ein von mehreren angebotenen Leuchtmittel erbracht wurde. Bei mehreren angebotenen Leuchtmitteln, die im Auftragsfall verwendet werden können, hätte für jedes angebotene Leuchtmittel der geforderte Nachweis erbracht werden müssen. Die Zuerkennung von Leuchtmittellebensdauer-Qualitätspunkten gemäß Punkt 1.3.11.1.2 der Ausschreibungsunterlage B.1 in Höhe von 0,15 Punkten an das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin erfolgte damit nicht ausschreibungskonform und somit nicht vergaberechtskonform.

Im Gesamtergebnis bedeutet das, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein im Angebot der Antragstellerin enthaltener behebbarer Mangel behoben wird. Nach Behebung des Mangels würde dann ein ausschreibungskonformes und somit vergaberechtskonformes Angebot der Antragstellerin vorliegen. Diesem Angebot wäre unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien des gegenständlichen Vergabeverfahrens mit den meisten Gesamtpunkten der Zuschlag zu erteilen, sodass die bereits von der Auftraggeberin getroffene Zuschlagsentscheidung vom 20. November 2009 im Vergabeverfahren "A 12 Inntal Autobahn km 73,0 bis km 75,0, Sicherheitsausbau, Umweltschutz- und Sanierungsmaßnahmen Innsbruck Amras, Elektromaschinelle Ausschreibung" für nichtig zu erklären war.

zu Spruchpunkt II. zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVerG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg. cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 2 leg. cit. besteht auch, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVerG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg. cit. besteht auch, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde.

Wie sich aus Spruchpunkt I. ergibt, hat der Antragsteller obsiegt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 10. Dezember 2009, N/0120-BVA/05/2009- 7EV, stattgegeben. Da es sich darüberhinaus – wie oben dargestellt – um eine Vergabe eines Bauauftrages im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich handelt, ist dem Antragsteller obsiegt. Wie sich aus Spruchpunkt römisch eins. ergibt, hat der Antragsteller obsiegt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 10. Dezember 2009, N/0120-BVA/05/2009- 7EV, stattgegeben. Da es sich darüberhinaus – wie oben dargestellt – um eine Vergabe eines Bauauftrages im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich handelt, ist dem

diesbezüglichen Antrag gemäß § 319 leg. cit., hinsichtlich des Ersatzes der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattzugeben. diesbezüglichen Antrag gemäß Paragraph 319, leg. cit., hinsichtlich des Ersatzes der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattzugeben.

Schlagworte

Mangelhaft ausgefülltes Bieterlückenverzeichnis, Eignung, verbesserbarer Mangel, Gesamtbetrachtung des Angebotes, Mehrfachnennungen in Bieterlückenverzeichnissen;

Zuletzt aktualisiert am

10.05.2010

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