

TE Verg Bescheid 2010/2/10 N/0119-BVA/04/2009-31

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.02.2010

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1 Z2

BVergG 2006 §321 Abs1 Z5

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §322 Abs2 Z2

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

AVG 1991 §71 Abs1

AVG 1991 §71 Abs2

AVG 1991 §71 Abs3

ABGB §91

ABGB §915

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 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 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. ABGB § 91 heute
2. ABGB § 91 gültig ab 01.01.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 125/1999
3. ABGB § 91 gültig von 01.01.1976 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 412/1975

1. ABGB § 915 heute
2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Dr. Clemens Mayr als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Vergabe (Lieferung) betreffend Tarnschminke; GZ E90085/367/00-00- KdoEU/Disp/2009" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, Roßauer Lände 1, 1090 Wien, dieser vertreten durch die X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 3.12.2009, wie Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Dr. Clemens Mayr als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Vergabe (Lieferung) betreffend Tarnschminke; GZ E90085/367/00-00- KdoEU/Disp/2009" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, Roßauer Lände 1, 1090 Wien, dieser vertreten durch die X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 3.12.2009, wie

folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem in eventu gestellten Antrag auf Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung wird stattgegeben.

II.römisch zwei.

Dem Antrag auf Nichtigkeitserklärung der mit Telefax vom 19.11.2009 bekanntgegebenen Zuschlagsentscheidung wird stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 19.11.2009 wird für nichtig erklärt.

III.römisch drei.

Dem Antrag des Antragstellers auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG in der Höhe von € 2.400,-- durch den Auftraggeber wird insoweit stattgegeben, als der Auftraggeber dem Antragsteller den Betrag von EURO 1.200,-- für die gemäß § 318 leg cit entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 2 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides zu Händen des Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen hat. Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen. Dem Antrag des Antragstellers auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG in der Höhe von € 2.400,-- durch den Auftraggeber wird insoweit stattgegeben, als der Auftraggeber dem Antragsteller den Betrag von EURO 1.200,-- für die gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 2 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides zu Händen des Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen hat. Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Der Auftraggeber hat dem Antragsteller, A***, den Betrag von EURO 1.200,-- für die vom Antragsteller gemäß § 318 Abs 1 BVergG für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG entrichteten. Der Auftraggeber hat dem Antragsteller, A***, den Betrag von EURO 1.200,-- für die vom Antragsteller gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG entrichteten

Pauschalgebühren binnen 2 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides zu Händen des Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Im vom Auftraggeber zur Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft ausgefüllten Formular, das im vorgelegten Vergabeakt enthalten war, wurde unter der Rubrik "IV.2. Zuschlagskriterien" nicht das für den "Niedrigsten Preis" vorgesehene Kästchen, sondern das für das

"Wirtschaftlich günstigste Angebot" vorgesehene Kästchen in Verbindung mit jenem Bezug nehmenden, dazugehörigen Kästchen angekreuzt, wonach die Kriterien in den Ausschreibungsunterlagen angeführt sind.

Die Ausschreibungsbekanntmachung des Vergabeverfahrens "Vergabe (Lieferung) betreffend Tarnschminke; GZ E90085/367/00-00-KdoEU/Disp/2009" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2009/S 122- 177892 veröffentlicht. Der als Lieferauftrag qualifizierte Auftrag sollte in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden. Zu den Zuschlagskriterien wurde angeführt:

"Wirtschaftlich günstigstes Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Verdingungs-/Ausschreibungsunterlagen" angeführt sind. Der geschätzte Auftragswert ohne USt wurde mit € 150.000,-- beziffert. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 2.9.2009 fixiert. Als Kontaktstelle wurde auch der Name von B*** genannt.

Einleitend wurde in den Ausschreibungsunterlagen (Angebotseinholung) festgehalten, dass die Ausschreibungsbedingungen und die "TB 8530/3-001" Basis für die ausgeschriebene Leistung sind. Zum Angebotsmuster wurde Nachfolgendes ausgeführt:

"ANGEBOTSMUSTER: vom Bieter sind bei Angebotslegung kostenlos beizustellen:

- -Strichaufzählung
10 Stk. Tarnschminken dreifärbig in Kunststoffbehälter mit Spiegel
- -Strichaufzählung
Vollständige Produktbeschreibung,

insbesondere Liste der Inhaltsstoffe

inklusive der Bestätigung ihrer
Unbedenklichkeit und Reinheit.

Auf Aufforderung durch das BMLVS sind zusätzliche Muster
kostenfrei zur Prüfung vorzustellen.

Nach Prüfung und Genehmigung der Angebotsmuster durch das BMLVS dürfen für eine Serienfertigung nach
Zuschlagserteilung ohne Genehmigung bzw. Änderungserklärung des BMLVS keine Änderungen bei Ausführung,
Materialzusammensetzung, Verpackung sowie dem Herstellungsverfahren erfolgen.

Bei Nichtvorlage des geforderten Angebotsmusters kann das Angebot von der Vergabe ausgeschlossen werden!

AUSFALLMUSTER: (nur im Fall der Zuschlagserteilung!): gem. Pkt. 1.4.4 der TB 8530/03-001"

Gemäß den Ausschreibungsunterlagen waren unter Angabe einer Telefon- und Faxnummer sowie E-mail-Adresse
Rückfragen an B*** zu richten. Es wurde auch darauf hingewiesen, dass rechnerisch fehlerhafte bzw. verspätet
eingereichte Angebote ausgeschieden werden würden. Als Zuschlagskriterien wurden 1. die Erbringung der Leistung
gemäß dem Leistungsverzeichnis (inkl. Lieferkonditionen) und 2. das wirtschaftlich günstigste Angebot angeführt.
Außerdem enthielten die Ausschreibungsunterlagen den Hinweis darauf, dass nur jene Angebote anerkannt würden,
bei denen das beigeschlossene Leistungsverzeichnis gemäß der Beilage (Angebotsformular) verwendet werde. Dieses
Leistungsverzeichnis war wie folgt gestaltet:

"LEISTUNGSVERZEICHNIS

Zum offenen Verfahren gemäß BVergG 2006: GZ E90085/367/00-00-

KdoEU/Disp/2009

Blatt: 1

1 2 3 4 5 6 7 8 9

Pos

Menge

Einh.

Leistungsbeschreibung

Preise netto exkl. MWSt

DDP SALZBURGFESTPREIS!

Je Einheit in EURO

Gesamtpreis in EURO

Lieferzeit in Kalender-Wochen ab Freigabe des Ausfallmusters

Herkunftsland

Anmerkungen des Bieters oder der ausschreibenden Stelle

1

50.000

STK

8530-0-000-0066 TARNSCHMINKE: dreifärbig, in Kunststoffbehälter mit Spiegel, je 20 g: Lederbraun (RAL 8027-F9)
Bronzegrün (RAL 6031-F9), Teerschwarz (RAL 9021-F9), auftragefähig von -10 bis +40°C, witterungsbeständig,
Flammpunkt über 200°C gemäß TB 8530/3-001

Unterschriftsleistung auf der Rückseite!"

In der TB wurde unter Punkt 1.1.2 (Kurzcharakteristika) ausgeführt, dass die Tarnschminke zur Tarnung des Gesichtes
und nicht von Kleidung verdeckten, freien Hautpartien wie zum Beispiel Händen und Hals dient. Für die Tarnwirkung
wurde gefordert, dass diese sowohl im sichtbaren Bereich des Lichtes als auch im nahen IR-Bereich (ab 780nm)
gegeben sein muss.

Zu den in der TB angegebenen Forderungen wurde festgelegt, dass die Summe 100% der Bieterbewertung mit einer

höchsterreichbaren Punktezahl von 1.000 darstellt. Muss-Forderungen, die in der Spalte "Forderungen" mit einem "M" gekennzeichnet waren, waren unbedingt zu erfüllende Forderungen. Deren Nichterfüllung sollte zum Ausscheiden des Angebotes aus der Bewertung führen. Soll-Forderungen waren als nicht unbedingt zu erfüllende Forderungen definiert, deren Nichterfüllung im Rahmen der Bieterbewertung folgenlos bleibt. Bei deren Erfüllung sollten jedoch gemäß den einzelnen Gewichtungsprozenten "Positiv - Punkte" vergeben werden. Sollte bei einer Forderung bei einem Punkt keine Deklaration als Muss- oder Soll-Forderung erfolgen, war diese Forderung trotzdem zu erfüllen. Die Erfüllung in der Spalte "Erfüllt (J/N)" waren vom Bieter mit dem entsprechenden Buchstaben bei Erfüllung mit "J" und bei Nichterfüllung mit "N" zu kennzeichnen. Zur Spalte "Erläuterung (J/N)" wurde erörtert, dass bei einer Kommentierung durch einen Bieter in diesem Punkt ein Ja (=J) mit dem entsprechenden Referenzhinweis anzugeben war. Sollte bereits ein "J" eingetragen sein, so hatte der Bieter zu diesem Punkt eine ausführliche Erklärung in elektronischer Form bzw ein gefordertes Produkt

(Materialmuster) beizubringen.

Unter Punkt 1.4.2 (Objektbedingte Forderungen) und 1.4.3. (Angebotsmuster) der TB war Nachfolgendes ausgeführt:

"1.4.2 Objektbedingte Forderungen

Im Kunststoffbehälter mit Spiegel haben folgende Farben enthalten zu sein:

* Lederbraun, in Anlehnung an RAL 8027-F9

* Bronzegrün, in Anlehnung an RAL 6031-F9

* Teerschwarz, in Anlehnung an RAL 9021-F9

Die Tarnschminke muss einen Mindesttemperaturbereich von -10°C bis +40°C abdecken, d.h. in diesem Temperaturbereich streichfähig (für das Auftragen per Finger) bleiben, ohne bei den hohen Temperaturen flüssig oder bei tiefen Temperaturen zu fest für das Auftragen per Finger zu werden.

Die Tarnschminke darf keine Zusätze wie Insektenrepellentien oder Sonnenschutz enthalten.

1.4.3. Angebotsmuster

Vom Bieter ist mit der Angebotslegung zur Durchführung der erforderlichen Prüfung kostenlos beizustellen:

- -Strichaufzählung
10 Stk. Tarnschminken dreifärbig in Kunststoffbehälter mit Spiegel
- -Strichaufzählung
Vollständige Produktbeschreibung, insbesondere Liste der Inhaltsstoffe inklusive der Bestätigung ihrer Unbedenklichkeit und Reinheit.

Auf Aufforderung durch das BMLVS sind zusätzliche Muster
kostenfrei zur Prüfung vorzustellen....."

F G E E A
o e r r b
r w f l s
d i ü ä o
e c l u l
r h l t u
u t t e t
n (%) (J/N) r e
g u r
n
g W
(J/N) e

r

t

M

Unter Punkt 2. (Technische Forderungen) Unterpunkt 2.1.1 (Betriebsbedingungen) der TB war Nachfolgendes ausgeführt:

"2.1.1 Betriebsbedingungen

Die Tarnschminke inkl. Kunststoffbehälter muss auch in größeren Höhen (bis 3000m), bei Außentemperaturen von -10°C bis +40°C, sowie bei allen Witterungsbedingungen (Schnee, Regen, Nebel, Hitze etc.) im geforderten Ausmaß beständig bleiben. Eine ordnungsgemäße Verwendbarkeit (vor allem im Bezug auf das Auftragen per Finger, die Deckkraft und die Beständigkeit auf der Haut ohne Reizungen zu verursachen) muss unter den obengenannten Bedingungen einwandfrei möglich sein."

F G E E A

o e r r b

r w f l s

d i ü ä o

e c l u l

r h l t u

u t t e t

n (%) (J/N) r e

g u r

n

g W

(J/N) e

r

t

M

Unter Punkt 2.2.2 (Tarnschminke) der TB war Nachfolgendes ausgeführt:

"2.2.2 Tarnschminke

2.2.2.1 Form

Tarnschminke auf Basis von Paraffinen, Wachsen, Ölen oder Fetten in Arzneibuchqualität gemäß den Kriterien des Österreichischen und Europäischen Arzneibuches.

2.2.2.2 Farbgebung

* Lederbraun, in Anlehnung an RAL 8027-F9

* Bronzegrün, in Anlehnung an RAL 6031-F9

* Teerschwarz, in Anlehnung an RAL 9021-F9

.....

Der Flammpunkt muss über 200°C liegen.

Die Haltbarkeit der Tarnschminke muss mindestens 36 Monate ab Herstellungsdatum betragen."

F G E E A

o e r r b
r w f l s
d i ü ä o
e c l u l
r h l t u
u t t e t
n (%) (J/N) r e
g u r
n
g W
(J/N) e
r
t

M

M

M

M

Unter Punkt 2.2.3 (Einzelgebinde) der TB war Nachfolgendes ausgeführt:

"2.2.3 Einzelgebinde

2.2.3.1 Kunststoffbehälter mit Spiegel

Der Kunststoffbehälter hat in Form einer Klappbox mit den maximalen Außenmaßen 90mm x 70mm x 20mm ausgeführt zu sein.

Der Deckel muss fix mit dem Behälter verbunden sein und gut und dicht schließen. Die Verbindung zwischen Behälter und Deckel muss ausreichend stabil ausgeführt sein, um ein vollständiges Aufbrauchen der Tarnschminke zu gewährleisten.....

An der Innenseite des Deckels hat ein Kunststoffspiegel befestigt zu sein. Dieser Spiegel darf bei normaler Anwendung nicht entfernbar sein. Die Unterteilungen haben sicherzustellen, dass bei geschlossenem Deckel eine Durchmischung der Tarnschminken nicht erfolgen kann.

Im Inneren des Kunststoffbehälters haben durch fixe Unterteilungen die drei Farben der Tarnschminke getrennt voneinander aufbewahrt zu sein. Die Unterteilungen haben sicherzustellen, dass bei geschlossenem Deckel eine Durchmischung der Tarnschminken nicht erfolgen kann.....

2.2.3.3. Inhalt

Von jeder Farbe der Tarnschminke haben 20g +/- 1g

enthalten zu sein."

F G E E A

o e r r b

r w f l s

d i ü ä o

e c l u l

r h l t u

u t t e t

n(%) (J/N) r e

g u r

n

g W

(J/N) e

r

t

M

M

M

M

Neben einem weiteren Bieter legten die A*** (in der Folge Antragsteller) und die C*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) ein Angebot mit Angebotsmustern. Das Angebotsmuster des Antragstellers bestand aus drei Tiegeln, wobei jeder mit nur einer Tarnschminkfarbe, nämlich "Lederbraun", "Bronzegrün" oder Teerschwarz" befüllt war. Weiters lagen dem Angebot des Antragstellers ein beschriftetes Kunststoffschminkkästchen mit einer Unterteilung bzw eines mit einem Innenspiegel und mit Unterteilungen für drei

Schminkfarben, ein Schreiben über das Zulassungsverfahren-Tarnschminke und über die Lieferantenzulassung der Deutschen Bundeswehr sowie ein Sicherheitsdatenblatt bei. In diesem wurde als Dichte bei 20°C der Wert "0,88-0,99g/cm³" angegeben und zur physikalischen und chemischen Eigenschaft der Tarnschminke ausgeführt, dass der Schmelzpunkt/Schmelzbereich >40°C sei. Im vom Antragsteller auf der Rückseite

unterzeichneten Leistungsverzeichnis schien unter der Rubrik Nettopreis je Einheit € 1,69 auf. Der Gesamtpreis in Euro wurde mit € 84.500,-- beziffert.

Im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers schien im Leistungsverzeichnis ein Nettopreis je Einheit von € 2,28 und ein Gesamtpreis in € 114.000,-- auf.

Nach Öffnung der Angebote am 2.9.2009 erfolgte die Prüfung der Angebote. Nach einem Gespräch mit D*** (Auftraggeber) übermittelte der Antragsteller am 15.9.2009 ein E-Mail an B*** und am 28.9.2009 die ausgefüllte TB, eine Beschriftung des Einzelgebindes (Beilage 1) und der Versandpackung (Beilage 2) sowie Schreiben bezüglich Verpackungsgröße (Beilage 3) und zur Qualitätsprüfung (Beilage 4) und eine Werkskizze über Tarnschminkkästchen (Beilage 5). Im Formular der TB kennzeichnete der Antragsteller neben der Erfüllung anderer Punkte die Muss-Forderungen mit dem Buchstaben "J" als erfüllt. In der Beilage 2 wurde für den Versandkarton ein Nettogewicht von 3 x 20 g für die Tarnschminke dreifärbig bestätigt. In der Beilage 5 zum Tarnschminkkästchen dreifärbig waren Skizzen von Tarnschminkkästchen mit drei Unterteilungen abgebildet.

Die vorgelegten Muster der Bieter wurden einer IR-Remissionsmessung unterzogen. Im diesbezüglichen Gutachten wurde unter Punkt 8. (Beurteilung) Nachfolgendes ausgeführt:

1. "8.Ziffer 8

Beurteilung

Zu beurteilen war ob die Farben der Tarnschminke, zusätzlich zum visuellen Bereich, auch im nahen IR unterscheidbar sind. Aus den Messungen geht hervor, dass die Proben WA 012-1 (siehe Beilage 2) und WA 012-2 (siehe Beilage 1) die besten Ergebnisse liefern.

Bei diesen beiden Proben (jeweils die Farben "grün", "braun" und "schwarz") zeigt sich auch im IR Bereich ein Unterschied zwischen den einzelnen Farben. Z.B. hat bei WA 012-1 "grün" eine IR Remission zwischen 35 und 40%, sowie "schwarz" eine IR Remission von ca. 5%. Damit "lehnen" (genauere Vorgaben sind aus technischen Gründen nicht möglich) sich diese beiden Tarnschminken in etwa an die RAL - F9 Tarnfarben an (z.B. "grün" an RAL 6031-F9). D.h. aber, dass sich diese beiden Farben im nahen IR Bereich eindeutig unterscheiden. Naturgemäß unterscheiden sich "schwarz" und "braun" nicht so stark. Der Unterschied im IR zwischen den Farben "grün" und "schwarz" ist bei der Probe WA 012-1 etwas größer. Sonst sind die Proben WA 012-1 und WA 012-2 in etwa gleichwertig. WA 012-1 ist etwas feinkörniger in der Konsistenz.

Im Gegensatz dazu weist die IR Remission von der Probe WA 012- 3 (Vergleich zwischen "grün", "braun" und "schwarz", siehe Beilage 3) Werte zwischen ca. 8 und 14% auf. D.h., dass eine eindeutige Unterscheidungsmöglichkeit im IR Bereich zwischen diesen Farben nicht gegeben ist."

Außerdem erfolgte eine 24-stündige Lagerung bei +40°C. Anschließend wurden die Muster angewendet. Beim Muster des Antragstellers (WA 012-3:HTP) wurde zum Temperaturverhalten Folgendes festgestellt:

"Prüfperson: Fr. F***.....

WA012_3:[HTP]

Alle drei Farben bei Lagerung von 40°C zu flüssig, daher Auftragen der Farben nicht hautabdeckend. Würden in den Farbkammern vermischt werden bzw. austreten aus der Klappbox, entspricht nicht."

Mit Telefaxmitteilung vom 19.11.2009 wurde den Bietern die Zuschlagsentscheidung übermittelt. Dem Antragsteller wurde dazu Nachfolgendes mitgeteilt:

"Das Kommando Einsatzunterstützung beabsichtigt nach Ablauf der Stillhaltefrist mit 03.12.2009 den Auftrag über TARNSCHMINKE an die C***, zum Gesamtpreis von € 114.000,- (exkl. MWSt) zu vergeben.

Begründung:

Die vorgestellten Muster erfüllen zumindest in folgenden

Punkten nicht die TB8530/-001:

- -Strichaufzählung

Es wurden keine geeigneten Einzelbinde wie unter Pkt. 2.2.3. der TB 8530/-001 beschrieben, als Muster

vorgestellt.

- -Strichaufzählung

Die drei Tarnschminken wurden in drei separaten großen Gebinden vorgestellt. Eine Bestimmung der Inhaltsmenge von 20g +/-1 g je Tarnschminke und Einzelbinde wie unter Pkt. 2.2.3. der TB 8530/-001 gefordert, konnte nicht erfolgen.

- -Strichaufzählung

Die unter Pkt. 1.4.2 der TB 8530/-001 geforderte

Anwendbarkeit bei Witterungsbedingungen von -10° C bis +40° C ist nicht gegeben. Die Tarnschminken waren bereits bei Raumtemperatur flüssig und daher schwer aufzutragen. Bei 40°C waren die Tarnschminken dünnflüssig und somit nicht mehr auf die Haut aufzutragen - eine Durchmischung der Schminken im Einzelbinde bzw. ein Ausfließen der Schminken bei dieser Temperatur ist wahrscheinlich. Aufgrund der Nichterfüllung dieser MUSS-Forderung ist das Produkt als ungeeignet für den vorgesehenen

Anwendungsfall zu beurteilen.

- -Strichaufzählung

Ebenfalls unter Pkt. 1.4.2 der TB 8530/-001 sind die spezifischen Farben der Tarnschminken als MUSS-Forderung angeführt. Bei den durchgeführten IR-Remissionsmessungen wurden Abweichungen zu den Forderungen

festgestellt.

Zusammenfassende Beurteilung:

Das vorgestellte Produkt erfüllt mehrere MUSS-Forderungen der TB 8530/-001 nicht."

Mit Schriftsatz vom 3.12.2009 brachte der Antragsteller einen Eventualantrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand sowie einen Nachprüfungsantrag mit den im Spruch ersichtlichen Begehren ein. Außerdem wurde in eventu eine Ausscheidensentscheidung bekämpft. Es wurde auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht, dem mit Bescheid vom 10.12.2009, N/0119-BVA/04/2009-EV9, stattgegeben wurde. Darüber hinaus wurde neben der Durchführung einer mündlichen Verhandlung begehrt, die entrichteten Pauschalgebühren dem Auftraggeber zum Ersatz gemäß § 319 BVergG aufzuerlegen. An Pauschalgebühren wurden EURO 2.400,-- entrichtet. Mit Schriftsatz vom 3.12.2009 brachte der Antragsteller einen Eventualantrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand sowie einen Nachprüfungsantrag mit den im Spruch ersichtlichen Begehren ein. Außerdem wurde in eventu eine Ausscheidensentscheidung bekämpft. Es wurde auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht, dem mit Bescheid vom 10.12.2009, N/0119-BVA/04/2009-EV9, stattgegeben wurde. Darüber hinaus wurde neben der Durchführung einer mündlichen Verhandlung begehrt, die entrichteten Pauschalgebühren dem Auftraggeber zum Ersatz gemäß Paragraph 319, BVergG aufzuerlegen. An Pauschalgebühren wurden EURO 2.400,-- entrichtet.

Begründend wurde darin sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 23.12.2009 vorgebracht, dass sich der Auftraggeber hinsichtlich der Zuordnung des ausgeschriebenen

Lieferauftrages zum Schwellenwertbereich widerspreche. Während der Auftraggeber noch im Schriftsatz vom 7.12.2009 von einer Zuordnung zum Oberschwellenbereich ausging, sei dies im Schriftsatz vom 14.12.2009 von ihm bestritten worden. Dem Argument des Auftraggebers, dass die Tarnschminke nicht als eigener Gattungsbegriff im Anhang VI genannt sei, sei entgegenzuhalten, dass die Tarnschminke unter den Warenbereich "Schönheitsmittel" zu subsumieren gewesen sei. Lieferauftrages zum Schwellenwertbereich widerspreche. Während der Auftraggeber noch im Schriftsatz vom 7.12.2009 von einer Zuordnung zum Oberschwellenbereich ausging, sei dies im Schriftsatz vom 14.12.2009 von ihm bestritten worden. Dem Argument des Auftraggebers, dass die Tarnschminke nicht als eigener Gattungsbegriff im Anhang römisch sechs genannt sei, sei entgegenzuhalten, dass die Tarnschminke unter den Warenbereich "Schönheitsmittel" zu subsumieren gewesen sei.

Die Klassifikationen der Warenbereiche im Anhang VI BVergG basiere auf dem Internationalen Übereinkommen über das harmonisierte System zur Bezeichnung und Koordinierung von Waren. Kapitel 33 des genannten Anhanges des BVergG umfasse "Ätherische Öle und Resinoide, Parfumerie -, Kosmetik - und Toilette Zubereitung". Die Tarnschminke sei unter das Kapitel 3304 "Zubereitete Schönheits- und Hautpflegemittel" Die Klassifikationen der Warenbereiche im Anhang römisch sechs BVergG basiere auf dem Internationalen Übereinkommen über das harmonisierte System zur Bezeichnung und Koordinierung von Waren. Kapitel 33 des genannten Anhanges des BVergG umfasse "Ätherische Öle und Resinoide, Parfumerie -, Kosmetik - und Toilette Zubereitung". Die Tarnschminke sei unter das Kapitel 3304 "Zubereitete Schönheits- und Hautpflegemittel

(ausgenommen Arzneiwaren), einschließlich Sonnenschutz- oder Sonnenbräunungszubereitung; Zubereitung für die Hand- oder Fußpflege" und im speziellen unter das Unterkapitel 99 "Sonstige" von Kapitel 3304 zu subsumieren. Der geschätzte Auftragswert iHv € 150.000,-- überschreite damit den maßgeblichen Schwellenwert von € 133.000,--, sodass von einer Ausschreibung im Oberschwellenbereich auszugehen sei und der Nachprüfungsantrag fristgerecht eingebracht worden sei. Darüber hinaus sei bei einer gemäß § 80 Abs. 1 BVergG unzulässigerweise fehlenden Zuordnung der ausgeschriebenen Leistung zum Ober- oder Unterschwellenbereich vom Vorliegen einer Vergabe im Oberschwellenbereich auszugehen. Der Nachprüfungsantrag sei daher auch unter diesem Aspekt als rechtzeitig eingebracht zu beurteilen. Aus anwaltlicher Vorsicht werde jedoch der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gestellt. Eine Mitarbeiterin des Auftraggebers (B***) habe auf telefonische Anfrage des Antragstellers die Auskunft erteilt, dass der gegenständliche Auftrag dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei. Dass dies erst nach Vollmachtserteilung vom nunmehrigen Vertreter des Auftraggebers (X***) bestritten werde, spreche für (ausgenommen Arzneiwaren), einschließlich Sonnenschutz- oder Sonnenbräunungszubereitung; Zubereitung für die Hand- oder Fußpflege" und im speziellen unter das Unterkapitel 99 "Sonstige" von Kapitel 3304 zu subsumieren. Der geschätzte Auftragswert iHv € 150.000,-- überschreite damit den maßgeblichen Schwellenwert von € 133.000,--, sodass

von einer Ausschreibung im Oberschwellenbereich auszugehen sei und der Nachprüfungsantrag fristgerecht eingebracht worden sei. Darüber hinaus sei bei einer gemäß Paragraph 80, Absatz eins, BVergG unzulässigerweise fehlenden Zuordnung der ausgeschriebenen Leistung zum Ober- oder Unterschwellenbereich vom Vorliegen einer Vergabe im Oberschwellenbereich auszugehen. Der Nachprüfungsantrag sei daher auch unter diesem Aspekt als rechtzeitig eingebracht zu beurteilen. Aus anwaltlicher Vorsicht werde jedoch der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gestellt. Eine Mitarbeiterin des Auftraggebers (B***) habe auf telefonische Anfrage des Antragstellers die Auskunft erteilt, dass der gegenständliche Auftrag dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei. Dass dies erst nach Vollmachtserteilung vom nunmehrigen Vertreter des Auftraggebers (X***) bestritten werde, spreche für

dessen Unglaubwürdigkeit. Für die Zuordnung zum Oberschwellenbereich spreche auch die Bekanntmachung auf Gemeinschaftsebene und die angegebene 14-tägige

Stillhaltefrist in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung. Soweit sich der Auftraggeber auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes berufe, wonach eine unrichtige behördliche Auskunft keinen minderen Grad des Versehens nach sich ziehe, so werde darauf verwiesen, dass es sich hierbei nicht um eine pauschale Erklärung handle. Vielmehr sei die Verschuldensfrage im Einzelfall zu prüfen und ein Wiedereinsetzungsgrund nur dann zu verneinen, wenn dem Wiedereinsetzungswerber wenigstens Fahrlässigkeit bei der Säumnis zur Last falle. Bis zum Einschreiten der

X*** sei der Auftraggeber selbst von einem Verfahren im Oberschwellenbereich ausgegangen. Keine nach außen tretenden Handlungen, wie die Bekanntmachung, die Auskunft von B***, die Zuschlagsentscheidung (Stillhaltefrist) oder der Auftraggeberschriftsatz vom 17.12.2009, würden darauf hinweisen, dass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handle. Vor dem Hintergrund, dass der Auftraggeber selbst keine eindeutige Zuordnung zum Anhang VI machen könne, könne von einem nicht rechtskundigen Bieter eine solche Zuordnung nicht verlangt werden. X*** sei der Auftraggeber selbst von einem Verfahren im Oberschwellenbereich ausgegangen. Keine nach außen tretenden Handlungen, wie die Bekanntmachung, die Auskunft von B***, die Zuschlagsentscheidung (Stillhaltefrist) oder der Auftraggeberschriftsatz vom 17.12.2009, würden darauf hinweisen, dass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handle. Vor dem Hintergrund, dass der Auftraggeber selbst keine eindeutige Zuordnung zum Anhang römisch sechs machen könne, könne von einem nicht rechtskundigen Bieter eine solche Zuordnung nicht verlangt werden.

Der Antragsteller habe die ausgeschriebene Tarnschminke unter Waren des Anhangs VI BVergG subsumiert. Die Auskunft von B*** und das irreführende Verhalten des Auftraggebers hätten den Rechtsirrtum des Antragstellers verursacht, sodass dieser dem Auftraggeber zuzurechnen sei. Da der Vertreter des Antragstellers erst am 2.12.2009 mit der Rechtssache betraut worden sei, sei gegenüber dem bis dahin rechtlich Der Antragsteller habe die ausgeschriebene Tarnschminke unter Waren des Anhangs römisch sechs BVergG subsumiert. Die Auskunft von B*** und das irreführende Verhalten des Auftraggebers hätten den Rechtsirrtum des Antragstellers verursacht, sodass dieser dem Auftraggeber zuzurechnen sei. Da der Vertreter des Antragstellers erst am 2.12.2009 mit der Rechtssache betraut worden sei, sei gegenüber dem bis dahin rechtlich

unvertretenen Antragsteller ein weniger strenger Maßstab für die Prüfung der Rechtsunkenntnis oder des Rechtsirrtums im Hinblick auf den im Gesetz vorgesehenen Grad des Versehens heranzuziehen.

Der Schlussfolgerung des Auftraggebers, dass aufgrund der fehlenden Aufzählung der Tarnschminke im Anhang VI BVergG das Verfahren dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sei, werde entgegengehalten, dass Anhang VI BVergG Warengattungen klassifiziere. Aus der fehlenden Warenbezeichnung könne nicht darauf geschlossen werden, dass diese nicht vom Anhang VI umfasst sei. Vielmehr werde auch im Kapitel 33 die Ware "Körperpflege" genannt. Der Argumentation des Auftraggebers folgend wären damit Shampoo oder Zahncreme, aufgrund der fehlenden Nennung im Anhang VI BVergG ebenfalls nicht erfasst. Hierbei handle es sich jedoch zweifelsohne um Waren, die der Körperpflege zuzuordnen seien. Der Schlussfolgerung des Auftraggebers, dass aufgrund der fehlenden Aufzählung der Tarnschminke im Anhang römisch sechs BVergG das Verfahren dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sei, werde entgegengehalten, dass Anhang römisch sechs BVergG Warengattungen klassifiziere. Aus der fehlenden Warenbezeichnung könne nicht darauf geschlossen werden, dass diese nicht vom Anhang römisch sechs umfasst sei. Vielmehr werde auch im Kapitel 33 die Ware "Körperpflege" genannt. Der Argumentation des Auftraggebers folgend wären damit Shampoo oder Zahncreme, aufgrund der fehlenden Nennung im Anhang römisch sechs BVergG ebenfalls nicht erfasst. Hierbei handle es sich jedoch zweifelsohne um Waren, die der Körperpflege zuzuordnen seien.

Der Leistungsbeschreibung folgend sei die Tarnschminke als kosmetisches Mittel zu werten. Eine Subsumtion eines kosmetischen Mittels unter die Gruppe Körperpflege bzw. Schönheitsmittel stelle berechtigter Weise eine vertretbare Rechtsauffassung dar. Auch sei - entgegen der Ansicht des Auftraggebers - eine Subsumtion der Tarnschminke unter Kapitel 38 möglich, da es sich hierbei um ein Produkt der chemischen Industrie handle, das von der E*** hergestellt werde. Es liege daher ein minderer Grad des Versehens vor, sofern das Bundesvergabeamt das gegenständliche Verfahren dem Unterschwellenbereich zuordne. In eventu werde daher der Antrag auf Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung und der in eventu bekämpften Ausscheidensentscheidung begehrt. Zugleich werde die versäumte Handlung nachgeholt.

Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers komme dem Antragsteller auch die Antragslegitimation zu. Es sei ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt worden. Die Bestimmungen zum Einzelgebinde unter Punkt 2.2.3 der TB seien aufgrund ihrer Kennzeichnung mit "M" als Musskriterium zu beurteilen. Eine solche Kennzeichnung würde jedoch unter Punkt

1.4.3 der TB zum Angebotsmuster fehlen. Auch befände sich in der Spalte Erläuterung (J/N) keine Kennzeichnung mit "J". Diesfalls hätte der Bieter gemäß Punkt 1.2.2.4 eine ausführliche Erklärung oder ein gefordertes Produkt beizulegen gehabt. Mussforderungen würden sich auf den zu erbringenden Auftrag, nicht jedoch auf das Angebotsmuster beziehen, welches nicht mit "M" gekennzeichnet sei.

Auch in der Angebotseinholung auf Seite 2 werde dazu festgelegt, dass die Nichtvorlage des geforderten

Angebotsmusters zum Ausschluss führen könne. Selbst für den Fall, dass nicht eindeutig geregelt sei, dass das Angebotsmuster eine Mussforderung sei, sei im Sinne der Unklarheitsregel nach § 915 ABGB die Regelung zum Nachteil des Auftraggebers zu interpretieren, sodass unter diesem Aspekt die Nichtvorlage des Angebotsmusters das Ausscheiden des Angebotes nicht zur Konsequenz habe. Angebotsmusters zum Ausschluss führen könne. Selbst für den Fall, dass nicht eindeutig geregelt sei, dass das Angebotsmuster eine Mussforderung sei, sei im Sinne der Unklarheitsregel nach Paragraph 915, ABGB die Regelung zum Nachteil des Auftraggebers zu interpretieren, sodass unter diesem Aspekt die Nichtvorlage des Angebotsmusters das Ausscheiden des Angebotes nicht zur Konsequenz habe.

Der Antragsteller habe ein Angebot gemäß dem Leistungsverzeichnis gelegt. Im Leistungsverzeichnis in der Spalte 4 habe der Antragsteller unmissverständlich bestätigt, Tarnschminke: dreifärbig, in Kunststoffbehälter mit Spiegel, je 20g: Lederbraun (RAL 8027-F9), Bronzegrün (RAL 6031-F9), Teerschwarz (RAL 9021-F9), auftragefähig von -10 bis +40°C, witterungsbeständig, Flammpunkt über 200°C gemäß TB 8530/3-001 zu liefern. Vom Antragsteller sei damit unmissverständlich und zweifelsfrei eine Inhaltsmenge von je 20g +/- 1g angeboten worden. Die Vorlage von Gebinden mit Tarnschminke mit einer Inhaltsmenge von je 20g +/- 1g befüllt sei jedoch nicht als Mussforderung festgelegt. Die drei vom Antragsteller vorgelegten, separaten Gebinde würden weder Teil der Angebotslegung noch ein Angebotsmuster darstellen.

Angebotsmuster sei lediglich die Farbe.

Der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers entsprechend seien vom Antragsteller die Tarnfarben angeboten worden. Aus dem, dem Angebot beigelegten Sicherheitsdatenblatt sei ersichtlich, dass der Schmelzpunkt/Schmelzbereich bei über 40°C und die Dichte mit 20°C bei 0,88 bis 0,99g/cm³ lägen. Auch der Hersteller der vom Antragsteller angebotenen Tarnschminke bestätige, dass das angebotene Produkt bei ca. 50°C viskos und bei Temperaturen von über 55°C flüssig werde. Es werde daher das Ergebnis und eine dem Stand der Technik und Wissenschaft entsprechende Musterprüfung des Auftraggebers zum angebotenen Produkt des Antragstellers bestritten.

Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers sei vom

Antragsteller ein Produkt entsprechend der geforderten RAL - Farbenliste mit den IR-Remissionswerten angeboten. Auch die vom Antragsteller in Form eines Angebotsmusters übermittelten Farben würden der geforderten RAL 2827-F9 und RAL 9021-F9 bzw. der geforderten RAL 6031-F9 entsprechen. Die IR

Remissionsmessung des Auftraggebers sei daher falsch. Dazu werde auf das Bestätigungsschreiben der E*** vom 22.12.2009 verwiesen.

Als gesondert anfechtbare Entscheidungen würden sowohl die zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers

lautende Zuschlagsentscheidung als auch eventualiter aus anwaltlicher Vorsicht für den Fall, dass die Mitteilung vom 19.11.2009 eine zu Lasten des Antragstellers gehende Ausscheidensentscheidung darstellen sollte, die Ausscheidensentscheidung vom 19.11.2009 bekämpft. Die Mitteilung vom 19.11.2009 sei allerdings unter Zugrundelegung des Interpretationsmaßstabes des ABGB dahingehend zu verstehen, dass es sich hierbei um eine Zuschlagsentscheidung mit einer Begründung für die Ablehnung des Angebotes des Antragstellers handle. Das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers habe diese Mitteilung nicht zur Folge.

Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers unterliege das gegenständliche Verfahren nicht dem Billigstbieterprinzip. Der Verweis des Auftraggebers in diesem Zusammenhang auf Seite 13 bzw. Seite 14 der Angebotseinholung gehe ins Leere, da Seite 13 und Seite 14 in der Angebotseinholung nicht existierten. Viel mehr seien in den Ausschreibungsunterlagen eindeutig als Zuschlagskriterien die Erbringung der Leistung gemäß dem Leistungsverzeichnis und das wirtschaftlich günstigste Angebot festgelegt. Nur den Preis der Angebote als Bewertungskriterium heranzuziehen, entspreche nicht den Ausschreibungsunterlagen. Das Verfahren unterliege daher dem Bestbieterprinzip. Völlig unklar sei allerdings die Gewichtung der genannten, bestandsfest gewordenen Zuschlagskriterien, auf deren Basis keine gesetzeskonforme Bestbieterermittlung möglich sei und die einen zwingenden Widerrufgrund darstellen würden. Selbst wenn das Billigstbieterprinzip heranzuziehen wäre, wäre die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig, da der Antragsteller das billigste Angebot gelegt habe.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 19.11.2009 enthalte keine Angaben zu den Merkmalen und Vorteilen des erfolgreichen Angebotes. Es sei daher dem Antragsteller nicht möglich zu prüfen, ob Gründe für eine inhaltliche Anfechtung der Zuschlagsentscheidung vorliegen würden oder nicht. Auch könne die Bewertung des Antragstellers bzw. des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht nachvollzogen werden. Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und des BVA folgend, sei die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Verfahrens iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG wesentlich, da die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert werde. Die die Voraussetzungen des § 131 BVergG nicht erfüllende Zuschlagsentscheidung sei somit rechtswidrig und für nichtig zu erklären. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 19.11.2009 enthalte keine Angaben zu den Merkmalen und Vorteilen des erfolgreichen Angebotes. Es sei daher dem Antragsteller nicht möglich zu prüfen, ob Gründe für eine inhaltliche Anfechtung der Zuschlagsentscheidung vorliegen würden oder nicht. Auch könne die Bewertung des Antragstellers bzw. des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht nachvollzogen werden. Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und des BVA folgend, sei die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Verfahrens iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG wesentlich, da die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert werde. Die die Voraussetzungen des Paragraph 131, BVergG nicht erfüllende Zuschlagsentscheidung sei somit rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Durch die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers würde dem Antragsteller ein Gewinn von mindestens € 15.000,-- entgehen. Hinzu kämen die frustrierten Kosten für die Angebotslegung und der rechtsfreundlichen Vertretung. Außerdem drohe dem Antragsteller der Verlust eines wesentlichen Referenzprojektes. Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in seinem Recht auf Erteilung des Zuschlages und insbesondere in seinem Recht auf Durchführung einer transparenten und objektiv nachvollziehbaren Bewertung der Angebote gemäß § 19 Abs 1 BVergG verletzt. Durch die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers würde dem Antragsteller ein Gewinn von mindestens € 15.000,-- entgehen. Hinzu kämen die frustrierten Kosten für die Angebotslegung und der rechtsfreundlichen Vertretung. Außerdem drohe dem Antragsteller der Verlust eines wesentlichen Referenzprojektes. Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in seinem Recht auf Erteilung des Zuschlages und insbesondere in seinem Recht auf Durchführung einer transparenten und objektiv nachvollziehbaren Bewertung der Angebote gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt.

Mit Schriftsatz vom 7.12.2009 teilte der Auftraggeber mit, dass der geschätzte Auftragswert € 150.000,-- (exkl. USt) betrage. Der als Lieferauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand sei dem Oberschwellenbereich zuzuordnen und werde in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben. Im gegenständlichen

Vergabeverfahren sei weder der Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen worden. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei per Telefaxmitteilung am 19.11.2009 den Bietern bekanntgegeben worden. Außerdem wurde ein Vergabeakt vorgelegt.

In einem weiteren Schriftsatz vom 14.12.2009, nunmehr

vertreten durch die X***, vertrat der Auftraggeber

die Auffassung, dass entgegen dem Vorbringen des Antragstellers die Tarnschminke nicht vom Anhang VI BVergG umfasst sei, da sie nicht unter die vom Antragsteller genannten Kapitel 29, 32, 34 oder 38 zu subsumieren sei. Wäre es Wille des Gesetzgebers gewesen, die Tarnschminke als Gattungsbegriff im Anhang VI BVergG zu erfassen, wäre diese ausdrücklich darin aufgezählt worden. Eine Subsumtion unter Gattungsbegriffen wie in Kapitel 29 - organische chemische Erzeugnisse - ,welche weitestgehend Sprengstoffe, sowie toxikologische Erzeugnisse umfasse, sei ebenso ausgeschlossen wie eine Subsumtion unter Kapitel 38 - Verschiedene Erzeugnisse der chemischen Industrie. Die im Kapitel 32 genannte Produktgattung würde - im Gegensatz zur Tarnschminke - eine dauerhafte Veränderung bewirken. Die im Kapitel 34 aufgezählten Produkte würden nicht mit der ausgeschriebenen Tarnschminke im Zusammenhang stehen. Es sei daher davon auszugehen, dass als maßgeblicher Schwellenwert € 206.000,-- heranzuziehen und damit der gegenständliche Auftrag dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sei. Die Auffassung, dass entgegen dem Vorbringen des Antragstellers die Tarnschminke nicht vom Anhang römisch sechs BVergG umfasst sei, da sie nicht unter die vom Antragsteller genannten Kapitel 29, 32, 34 oder 38 zu subsumieren sei. Wäre es Wille des Gesetzgebers gewesen, die Tarnschminke als Gattungsbegriff im Anhang römisch sechs BVergG zu erfassen, wäre diese ausdrücklich darin aufgezählt worden. Eine Subsumtion unter Gattungsbegriffen wie in Kapitel 29 - organische chemische Erzeugnisse - ,welche weitestgehend Sprengstoffe, sowie toxikologische Erzeugnisse umfasse, sei ebenso ausgeschlossen wie eine Subsumtion unter Kapitel 38 - Verschiedene Erzeugnisse der chemischen Industrie. Die im Kapitel 32 genannte Produktgattung würde - im Gegensatz zur Tarnschminke - eine dauerhafte Veränderung bewirken. Die im Kapitel 34 aufgezählten Produkte würden nicht mit der ausgeschriebenen Tarnschminke im Zusammenhang stehen. Es sei daher davon auszugehen, dass als maßgeblicher Schwellenwert € 206.000,-- heranzuziehen und damit der gegenständliche Auftrag dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sei.

Die in diesem Fall vorgesehene Frist für die Bekämpfung der Auftraggeberentscheidung von 7 Tagen sei vom Antragsteller im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren überschritten worden. Der in eventu gestellte Wiedereinsetzungsantrag des Antragstellers sei auf einen Rechtsirrtum gestützt. Die Frage, ob Rechtsunkenntnis oder Rechtsirrtum einen minderen Grad des Versehens darstelle, sei bei Rechtskundigen nach einem strengeren Maßstab zu beurteilen. Eine bloße leichte Fahrlässigkeit könne nur in besonderen Ausnahmefällen angenommen werden. Eine unrichtige Behördenauskunft könne nicht zu einem minderen Grad des Versehens führen. Dem Antragsteller hätte bekannt sein müssen, dass mangels ausdrücklicher Aufzählung des zu beschaffenden Produktes in Anhang VI BVergG der höhere Schwellenwert gelte. Die in diesem Fall vorgesehene Frist für die Bekämpfung der Auftraggeberentscheidung von 7 Tagen sei vom Antragsteller im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren überschritten worden. Der in eventu gestellte Wiedereinsetzungsantrag des Antragstellers sei auf einen Rechtsirrtum gestützt. Die Frage, ob Rechtsunkenntnis oder Rechtsirrtum einen minderen Grad des Versehens darstelle, sei bei Rechtskundigen nach einem strengeren Maßstab zu beurteilen. Eine bloße leichte Fahrlässigkeit könne nur in besonderen Ausnahmefällen angenommen werden. Eine unrichtige Behördenauskunft könne nicht zu einem minderen Grad des Versehens führen. Dem Antragsteller hätte bekannt sein müssen, dass mangels ausdrücklicher Aufzählung des zu beschaffenden Produktes in Anhang römisch sechs BVergG der höhere Schwellenwert gelte.

Bestritten werde, dass Frau Amtsdirektor B*** eine Auskunft dahingehend erteilt habe, wonach der gegenständliche Auftrag vom Anhang VI BVergG umfasst sei. Eine irrtümliche Angabe der unrichtigen Stillhaltefrist führe auch nicht zur Verlängerung der Anfechtungsfrist im Nachprüfungsverfahren. Der Wiedereinsetzungsantrag sei daher nicht berechtigt und der Nachprüfungsantrag als verspätet zurückzuweisen. Bestritten werde, dass Frau Amtsdirektor B*** eine Auskunft dahingehend erteilt habe, wonach der gegenständliche Auftrag vom Anhang römisch sechs BVergG umfasst sei. Eine irrtümliche Angabe der unrichtigen Stillhaltefrist führe auch nicht zur Verlängerung der Anfechtungsfrist im Nachprüfungsverfahren. Der Wiedereinsetzungsantrag sei daher nicht berechtigt und der Nachprüfungsantrag als verspätet zurückzuweisen.

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers erfülle die angefochtene Zuschlagsentscheidung sämtliche Erfordernisse

des § 131 BVergG. Sie umfasse sowohl den Preis des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers als auch Angaben zur Stillhaltefrist und die Gründe für die Nichterteilung des Zuschlages an den Antragsteller. Aufgrund des dem Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers erfülle die angefochtene Zuschlagsentscheidung sämtliche Erfordernisse des Paragraph 131, BVergG. Sie umfasse sowohl den Preis des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers als auch Angaben zur Stillhaltefrist und die Gründe für die Nichterteilung des Zuschlages an den Antragsteller. Aufgrund des dem

gegenständlichen Verfahren zu Grunde liegenden "Billigstbieterprinzips" erübrige sich auch eine über den Preis hinausgehende Angabe über die Vorzüge des Bestangebotes. Die vom Antragsteller genannte Judikatur beziehe sich im Gegensatz dazu auf Vergabeverfahren nach dem Bestbieterprinzip. Die auf Basis des Billigstbieterprinzips beruhende Zuschlagsentscheidung ermögliche es jedoch dem Antragsteller, den Preis des Bestangebotes sowie die Gründe, warum dem Antragsteller nicht der Zuschlag erteilt werden könne, zu erkennen. Ein allfälliges Nachprüfungsverfahren sei dadurch weder erschwert noch behindert worden.

Zwar sei der Antragsteller nicht ausgeschieden worden. Hingewiesen werde jedoch darauf, dass das Angebot des Antragstellers in mehreren Punkten nicht der Ausschreibung entsprochen habe und gemäß 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Dadurch würde jedoch das Angebot des Antragstellers nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden könne. Ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot müsse sämtlichen in der Ausschreibung vorgegebenen Kriterien, insbesondere jenen der technischen Leistungsbeschreibung, entsprechen. Dies ergebe sich auch aus Seite 13 der "Angebotseinholung". Daraus ergebe sich aber auch, dass nicht - wie vom Antragsteller dargestellt - ein Erfüllungsgrad des Angebotes anhand des Leistungsverzeichnisses bewertet werde. Es seien auch keinerlei Gewichtung bzw. Qualitätskriterien aufgestellt worden. Ein Angebot müsse sohin den Kriterien des Leistungsverzeichnisses entsprechen, um überhaupt bewertet werden zu können. In der Folge werde das billigste Angebot ausgewählt, dem der Zuschlag erteilt werde. Andernfalls würde de facto kein Spielraum mehr für eine Ausschreibung nach dem Billigstbieterprinzip offen bleiben. Zwar sei der Antragsteller nicht ausgeschieden worden. Hingewiesen werde jedoch darauf, dass das Angebot des Antragstellers in mehreren Punkten nicht der Ausschreibung entsprochen habe und gemäß 129 Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Dadurch würde jedoch das Angebot des Antragstellers nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden könne. Ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot müsse sämtlichen in der Ausschreibung vorgegebenen Kriterien, insbesondere jenen der technischen Leistungsbeschreibung, entsprechen. Dies ergebe sich auch aus Seite 13 der "Angebotseinholung". Daraus ergebe sich aber auch, dass nicht - wie vom Antragsteller dargestellt - ein Erfüllungsgrad des Angebotes anhand des Leistungsverzeichnisses bewertet werde. Es seien auch keinerlei Gewichtung bzw. Qualitätskriterien aufgestellt worden. Ein Angebot müsse sohin den Kriterien des Leistungsverzeichnisses entsprechen, um überhaupt bewertet werden zu können. In der Folge werde das billigste Angebot ausgewählt, dem der Zuschlag erteilt werde. Andernfalls würde de facto kein Spielraum mehr für eine Ausschreibung nach dem Billigstbieterprinzip offen bleiben.

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sei die Beistellung eines Einzelgebindes gemäß Punkt 2.2.3 der TB ein "Muss-Kriterium". Auch auf Seite 1 der Angebotseinholung ergebe sich die Notwendigkeit der Vorlage. Unter Punkt 2.2.3.1, 3. Absatz, werde auf das Innere des Kunststoffbehälters Bezug genommen und auf eine Unterteilung zur Aufbewahrung von drei Farben der Tarnschminke hingewiesen. Auch diese Bestimmung stelle ein Muss-Kriterium dar, dem das vom Antragsteller vorgelegte Gebinde nicht entsprochen habe. Zu diesem Ergebnis komme man auch bei einer Zusammenschau des Punktes 1.4.3 mit den Punkten

2.2.3.1 und 2.2.3.3. Entgegen den genannten Bestimmungen der Ausschreibung habe der Antragsteller kein mit sämtlichen drei Tarnschminken befülltes Gebinde vorgelegt, das auch das Muss-Kriterium gemäß Punkt 2.2.3.3. der TB entsprechend der vorgegebenen Inhaltsmenge von 20g +/- 1g von jeder Farbe der Tarnschminke enthalte.

Die Beständigkeit bei bestimmten Graden der Außentemperatur sei ebenso als Muss-Kriterium zu werten, wobei sich beim vorgelegten Produkt des Antragstellers herausgestellt habe, dass dieses bereits bei Raumtemperatur flüssig und schwer aufzutragen gewesen sei. Bei 40°C sei die Schminke dünnflüssig und nicht mehr auf die Haut aufzutragen gewesen.

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers seien gemäß Punkt

1.4.2. der TB drei Farben in Anlehnung an RAL sowie den dazugehörigen Farbcodes genannt, wobei sich an dessen

Ende die Abkürzung "F9" befinde. Tarnschminke für den militärischen Einsatz müsse über die Farbgebung hinaus weitere Anforderungen erfüllen. Diese besonderen Anforderungen an die Remissionseigenschaften der Schminke würden durch das am Ende der Farbbeschreibung stehende Kürzel "F9" ausgedrückt. Daraus ergebe sich eine besondere Farbzusammensetzung mit hohen Anforderungen an die IR-Remissionswerte. Da die IR-Remissionswerte eine unabdingbare Bedeutung für den Einsatz der Tarnschminke hätten, sei diese Eigenschaft als Muss-Anforderung festgelegt worden. Diese Anforderung erfülle das Angebot des Antragstellers nicht. Aus all diesen Gründen sei das Angebot des Antragstellers grob mangelhaft gewesen, sodass dieses nicht für die Zuschlagserteilung in Betracht komme. Dem Antragsteller, dessen Angebot auszuschneiden gewesen sei, komme grundsätzlich keine Antragslegitimation zu.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger erhob mit Schriftsatz vom 17.12.2009 Einwendungen. Sein Vorbringen stützte er auf das des Auftraggebers in dessen Schriftsätzen.

Da vom Auftraggeber der Vergabeakt auf Grund der mit 3.12.2009 datierten Anforderung des Bundesvergabebeamtes nicht vollständig vorgelegt worden war, wurde der Auftraggeber am 17.12.2009 zur letztmaligen vollständigen Vorlage des Vergabeaktes unter Hinweis auf die Rechtsfolgen aufgefordert. Hierauf legte der Auftraggeber am 18.12.2009 die Muster der Schminke der übrigen Bieter sowie Angebotsunterlagen vor. Außerdem wurden ein mit 15.12.2009 datiertes Schreiben mit einem Prüfbericht und Beilagen zur Angebotsmusterprüfung übermittelt. In diesem Prüfbericht wurde Nachfolgendes ausgeführt:

"...

Analysenbeginn: 13.10.2009
Probenlagerung: bei Raumtemperatur
Prüfverfahren: Die vorgestellten Proben

wurden bei zwei
Prüftemperaturen (+40°C und -10°C) über
einen Zeitraum von 24 Stunden geprüft. Im
Anschluss wurde die Konsistenz und
Deckkraft der Proben ermittelt.

Bezeichnung und Beschreibung der Proben:

...

WA012/3/1: Fa. A*** - Tarnschminke - Lederbraun

Inhomogene, feste Schminke - an der Oberfläche
hat sich eine hellbraune Schicht abgesetzt

WA012/3/2: Fa. A*** - Tarnschminke - Bronzegrün

Inhomogene, feste Schminke - an der Oberfläche
hat sich eine helle Schicht abgesetzt

WA012/3/3: Fa. A*** - Tarnschminke - Teerschwarz

Homogene, feste Schminke

Messergebnisse:

Probenbezeichnung:

Prüfung bei -10°C

Visuelle Beurteilung

Prüfung bei +40°C

Visuelle Beurteilung

...

WA012/3/1

Homoge und feste Konsistenz, gleichmäßiges Auftragen auf der Haut möglich, gute Hautabdeckung

Inhomogene Konsistenz - die Öl/Wachs-Anteile hatten sich verflüssigt und deutlich von den restlichen pigmentierten Anteilen getrennt, ein Auftragen auf der Haut aufgrund der Konsistenz nicht mehr möglich, eine Hautabdeckung aufgrund der Konsistenz nicht gegeben

WA012/3/2

Homoge und feste Konsistenz, gleichmäßiges Auftragen auf der Haut war möglich, gute Hautabdeckung

Inhomogene Konsistenz, - die Öl/Wachs-Anteile hatten sich verflüssigt und von den restlichen pigmentierten Anteilen getrennt, ein Auftragen auf der Haut aufgrund der Konsistenz nicht mehr möglich, eine Hautabdeckung aufgrund der Konsistenz nicht gegeben

WA012/3/3

Homoge und feste Konsistenz, gleichmäßiges Auftragen auf der Haut möglich, gute Hautabdeckung

Inhomogene Konsistenz - die Öl/Wachs-Anteile hatten sich verflüssigt und von den restlichen pigmentierten Anteilen getrennt, ein Auftragen auf die Haut aufgrund der Konsistenz nicht mehr möglich, eine Hautabdeckung aufgrund der Konsistenz nicht gegeben.

Abweichungen vom Prüfverfahren, spezielle Hinweise

-

Interpretation der Messergebnisse:

Zur Überprüfung der in der TB 8530/3-001 geforderten Anwendbarkeit der Produkte bei Witterungsbedingungen von -10°C bis +40°C wurden die o.a. Prüfungen durchgeführt..... Bei der Firma A*** wurde bei der Prüftemperatur von 40°C eine Verflüssigung von Teilen der Schminken festgestellt. Aufgrund der bei 40°C aufgetretenen Konsistenzänderung war ein, wie in der TB 8530/3-001 gefordertes, deckendes Auftragen auf die Hautoberfläche nicht möglich.

Aufgrund der von der Fa. A*** eingebrachten Anträge beim Bundesvergabeamt wurden die Produkte der Fa. A*** einer neuerlichen Prüfung zum Zwecke der statistischen Absicherung der Ergebnisse unterzogen. Diese erneut durchgeführte Prüfung hat das Ergebnis der ersten Untersuchung bestätigt. Zur Veranschaulichung dieser Prüfungsergebnisse sind in der Beilage Fotos angefügt.

Beilage(n): Fotodokumentation

Für die Prüfung

F***

Tarnen (Definition MilLex):

ist das Anpassen an die Umgebung, um sich der Beobachtung von
der Erde und aus der Luft zu entziehen.

Tarnungen sind durch Farben und Formen entwickelte Muster, die Konturen von Gegenständen und Lebewesen vor einem Hintergrund optisch auflösen.

In der RAL-Farbkarte F9 werden die Tarnfarben bronzegrün, lederbraun, teerschwarz sowohl durch ihre Farbe im sichtbaren Wellenlängenbereich (Farbtafel), als auch durch ihre IR-Remission (*) im nahen IR (Wellenlängenbereich ab 780 nm) definiert.

Tarnfarben sind in ihrer IR-Remissionen auf die

mitteleuropäische Grünland- und Waldvegetation angepasst. Bedingt durch die unterschiedliche Farbsignatur (Kurve der IR-Remission in Abhängigkeit von der Wellenlänge) unterscheiden sich RAL-F9 Tarnfarben auch im nahen IR.

Gleichen sich aber die Signaturen der IR-Remission von im sichtbaren Bereich unterschiedlichen Farben, so sind diese

mit Nachtsichtgeräten (**) nicht mehr zu unterscheiden und als eigene Farben wahrzunehmen. Der ursprünglich bezweckte Tarneffekt, der durch Verwischung der Gesichtskonturen mit Hilfe mehrerer Tarnfarben erzeugt wird, geht dabei verloren. *) Als Remission wird die ungerichtete (diffuse) Reflexion von Wellen (Licht) bezeichnet. Davon zu unterscheiden ist die gerichtete Reflexion.

**) Nachtsichtgeräte (im österr. Bundesheer sind Geräte der 2. und 3. Generation im Einsatz) verbessern das Sehen bei Dunkelheit oder sehr schwachem Licht. Das vorhandene schwache Restlicht wird verstärkt, nahes Infrarot aus der Umgebung wird in sichtbares Licht umgewandelt (Wandlerröhren)."

In einem weiteren Schriftsatz vom 27.1.2010 führte der Auftraggeber aus, dass die Einordnung des gegenständlichen Auftrages nicht auf Anraten des nunmehrigen Rechtsvertreters erfolgt sei, sondern von Anfang an klar gewesen sei, dass die Tarnschminke nicht vom Anhang VI BVergG umfasst sei und daher dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sei. Frau B*** habe nie mitgeteilt, dass das gegenständliche Verfahren dem Oberschwellenbereich zuordnen sei, sodass auch keine unrichtige Behördenauskunft in Frage komme. Eine Zweifelsregel für die Zuordnung zum Schwellenwertbereich komme nicht in Betracht. Der Antragsteller hätte sich an den Auftraggeber wenden können, der ihm die Auskunft erteilt hätte, dass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliege. Als ordentlicher Geschäftsmann hätte der Antragsteller in einem weiteren Schriftsatz vom 27.1.2010 führte der Auftraggeber aus, dass die Einordnung des gegenständlichen Auftrages nicht auf Anraten des nunmehrigen Rechtsvertreters erfolgt sei, sondern von Anfang an klar gewesen sei, dass die Tarnschminke nicht vom Anhang römisch sechs BVergG umfasst sei und daher dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sei. Frau B*** habe nie mitgeteilt, dass das gegenständliche Verfahren dem Oberschwellenbereich zuordnen sei, sodass auch keine unrichtige Behördenauskunft in Frage komme. Eine Zweifelsregel für die Zuordnung zum Schwellenwertbereich komme nicht in Betracht. Der Antragsteller hätte sich an den Auftraggeber wenden können, der ihm die Auskunft erteilt hätte, dass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliege. Als ordentlicher Geschäftsmann hätte der Antragsteller

sicherheitshalber von der für den Unterschwellenbereich geltenden siebentägigen Anfechtungsfrist ausgehen müssen. Grob fahrlässig sei, dass sich der Antragsteller erst einen Tag vor Ablauf der für den Oberschwellenbereich geltenden 14-tägigen Anfechtungsfrist an seinen Rechtsvertreter gewandt hätte. Die Ausschreibungsunterlagen seien dahingehend zu

interpretieren, dass als Zuschlagskriterium das Billigstbieterprinzip festgelegt worden und daher auch eine weitere Gewichtung weder möglich noch nötig sei.

Eine ergänzende Angebotsmusterprüfung habe die Ergebnisse der ersten Musterprüfung zur Anwendbarkeit bei Witterungsbedingungen bestätigt. Die prüfende Abteilung (Amt für Rüstung und Wehrtechnik, Abteilung ABCUT) betreibe ein Qualitätsmanagement und sei nach der ÖNORM EN ISO 9001:2000 zertifiziert. Vom genannten Amt sei auch die IR-Remissionsmessung durchgeführt worden. Es habe sich herausgestellt, dass die Tarnschminke des Antragstellers auch hinsichtlich der Remissionswerte nicht den Anforderungen entspreche.

In der mündlichen Verhandlung am 28.1.2010 gab der Auftraggeber an, den Vergabeakt vollständig vorgelegt zu haben. Weiters unterstrich der Auftraggeber, dass der Antragsteller nicht ausgeschieden worden sei. Mit der Formulierung im Schriftsatz vom 27.1.2010 auf Seite 6, Absatz 3, sei nicht beabsichtigt, den Antragsteller auszuschneiden, sondern wollte der Auftraggeber nur ausdrücken, dass der Antragsteller ausgeschieden gewesen wäre.

Der Antragsteller zog hierauf seinen in eventu gestellten Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung zurück.

Herr G*** führte aus, dass im Gegensatz zu vorhergehenden Ausschreibungen, in denen eine Zuordnung zum jeweiligen Schwellenwert aufgeschienen sei, in der gegenständlichen Ausschreibung nicht eine solche Zuordnung erfolgt, sondern der Schätzwert mit € 150.000,- beziffert worden sei. Er sei vom Vorliegen eines Verfahrens im Oberschwellenbereich

ausgegangen. Im Zeitraum September - Oktober 2009 seien in Summe 6 bis 8 Gespräche mit Herrn D*** (Auftraggeber) und Frau B*** (Auftraggeber) geführt worden. Auch aus diesem Grunde könne er ausdrücklich bestätigen, mit Frau B*** (Auftraggeber) im Oktober 2009 telefoniert zu haben, um in Erfahrung zu bringen, ob der gegenständliche Auftrag dem Ober- oder Unterschwellenbereich zuzuordnen sei. Frau B*** (Auftraggeber) habe einen halben oder einen Tag nach seiner Anfrage Auskunft erteilt, dass der Schätzwert mit € 150.000,- so hoch angesetzt sei,

sodass beim gegenständlichen Auftrag jedenfalls von einem Verfahren im Oberschwellenbereich auszugehen sei. Das Thema Anhang VI sei nicht diskutiert worden. Nach Gesprächen mit dem Steuerberater und seiner Standesvertretung habe er sich an seinen nunmehrigen Vertreter zur Anfechtung der Entscheidung gewandt. Auf dessen Anraten sei in eventu ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt worden. Im Zeitraum September - Oktober 2009 seien in Summe 6 bis 8 Gespräche mit Herrn D*** (Auftraggeber) und Frau B*** (Auftraggeber) geführt worden. Auch aus diesem Grunde könne er ausdrücklich bestätigen, mit Frau B*** (Auftraggeber) im Oktober 2009 telefoniert zu haben, um in Erfahrung zu bringen, ob der gegenständliche Auftrag dem Ober- oder Unterschwellenbereich zuzuordnen sei. Frau B*** (Auftraggeber) habe einen halben oder einen Tag nach seiner Anfrage Auskunft erteilt, dass der Schätzwert mit € 150.000,- so hoch angesetzt sei, sodass beim gegenständlichen Auftrag jedenfalls von einem Verfahren im Oberschwellenbereich auszugehen sei. Das Thema Anhang römisch sechs sei nicht diskutiert worden. Nach Gesprächen mit dem Steuerberater und seiner Standesvertretung habe er sich an seinen nunmehrigen Vertreter zur Anfechtung der Entscheidung gewandt. Auf dessen Anraten sei in eventu ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt worden.

Frau B*** (Auftraggeber) gab an, auf Grund von Recherchen von einer Auftragswertschätzung von € 150.000,- und einer eindeutigen Zuordnung zum Oberschwellenbereich ausgegangen zu sein, sodass weitere Zuordnungsangaben nicht erforderlich gewesen seien. Erst nach Beauftragung der X*** und

nach deren rechtlicher Prüfung sei eine Zuordnung zum Unterschwellenbereich erfolgt. Sie bestritt, mit Herrn G*** (Antragsteller) im Oktober 2009 ein Telefongespräch zum Thema Zuordnung des gegenständlichen Auftrages zum Oberschwellenbereich geführt zu haben. Allenfalls seien technische Frage erörtert worden. Erst am 2. oder 3.12.2009 sei sie von Herrn G*** (Antragsteller) zur Frage der Zuordnung des gegenständlichen Auftrages zum Oberschwellenbereich kontaktiert worden. Über Anhang VI sei nicht diskutiert worden. Sie habe die Auskunft gegeben, dass es sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handle. Dieser Zeitpunkt sei ihr sehr gut in Erinnerung, da die Stillhaltefrist schon fast abgelaufen gewesen sei und der Zuschlag im Raum gestanden habe. Mit weiteren Bewerbern oder Bieterern sei das Thema Zuordnung zum Schwellenwertbereich nicht erörtert worden. Zum Angebotsmuster des Antragstellers führte Herr D*** (Auftraggeber) aus, dass auf Grund der vom Antragsteller neben drei Tiegeln mit Tarnfarbe vorgelegten zwei Schminkkästchen für den Auftraggeber unklar gewesen sei, welches der beiden Schminkkästchen als Angebotsmuster zu werten sei. Die Möglichkeit der Verbesserung sollte der Klarstellung dienen. Der Antragsteller betonte, im August 2009 mit der E*** einen Vertrag über die ausschreibungskonforme Lieferung von 50.000 Tarnschminkkästchen abgeschlossen zu haben. Dazu legte er ein von seinem Lieferanten (E***) unterzeichnetes, mit 21.8.2009 datiertes Angebot über die Lieferung der Tarnschminke gemäß der technischen Leistungsbeschreibung des österreichischen Bundesheeres vor, das ohne Preis verlesen wurde. Die E*** werde bei Zuschlagserteilung Schminkkästchen laut vorgelegter Skizze mit den entsprechenden Tarnfarben liefern. nach deren rechtlicher Prüfung sei eine Zuordnung zum Unterschwellenbereich erfolgt. Sie bestritt, mit Herrn G*** (Antragsteller) im Oktober 2009 ein Telefongespräch zum Thema Zuordnung des gegenständlichen Auftrages zum Oberschwellenbereich geführt zu haben. Allenfalls seien technische Frage erörtert worden. Erst am 2. oder 3.12.2009 sei sie von Herrn G*** (Antragsteller) zur Frage der Zuordnung des gegenständlichen Auftrages zum Oberschwellenbereich kontaktiert worden. Über Anhang römisch sechs sei nicht diskutiert worden. Sie habe die Auskunft gegeben, dass es sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handle. Dieser Zeitpunkt sei ihr sehr gut in Erinnerung, da die Stillhaltefrist schon fast abgelaufen gewesen sei und der Zuschlag im Raum gestanden habe. Mit weiteren Bewerbern oder Bieterern sei das Thema Zuordnung zum Schwellenwertbereich nicht erörtert worden. Zum Angebotsmuster des Antragstellers führte Herr D*** (Auftraggeber) aus, dass auf Grund der vom Antragsteller neben drei Tiegeln mit Tarnfarbe vorgelegten zwei Schminkkästchen für den Auftraggeber unklar gewesen sei, welches der beiden Schminkkästchen als Angebotsmuster zu werten sei. Die Möglichkeit der Verbesserung sollte der Klarstellung dienen. Der Antragsteller betonte, im August 2009 mit der E*** einen Vertrag über die ausschreibungskonforme Lieferung von 50.000 Tarnschminkkästchen abgeschlossen zu haben. Dazu legte er ein von seinem Lieferanten (E***) unterzeichnetes, mit 21.8.2009 datiertes Angebot über die Lieferung der Tarnschminke gemäß der technischen Leistungsbeschreibung des österreichischen Bundesheeres vor, das ohne Preis verlesen wurde. Die E*** werde bei Zuschlagserteilung Schminkkästchen laut vorgelegter Skizze mit den entsprechenden Tarnfarben liefern.

Zum Angebotsmuster führte der Antragsteller aus, zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung kein Schminkkästchen in Form eines Einzelgebundes mit den entsprechenden Unterteilungen (drei Kammern) gehabt zu haben. Das als Angebotsmuster vorgelegte grüne Schminkkästchen sollte die Beschriftung und das schwarze Schminkkästchen den

Spiegel demonstrieren. In Kombination mit der Schminkkästchenskizze und der aktualisierten Beschriftung aus der TB ergebe sich insgesamt das Gebinde, das geliefert werden solle. Da der Auftraggeber nicht mehr an ihn herangetreten sei, sei er davon ausgegangen, dass alles in Ordnung sei. Bei einem entsprechenden Verbesserungsauftrag wäre eine entsprechende Vorlage für ein Angebotsmuster im entsprechenden Zeitraum (4 Wochen) möglich gewesen. Als Ausfallmuster wäre das komplette Schminkkästchen mit der für drei Farben vorgesehenen Unterteilung samt Spiegel geliefert worden.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger führte zum ungefähr €

10.000,-- kostenden Spritzgusswerkzeug, das der Herstellung des Schminkkästchens diene, aus, dieses dem Antragsteller nach Angebotsöffnung zum Kauf angeboten zu haben, da sein Angebotspreis im Vergleich zu dem des Antragstellers höher gewesen sei und für ihn keine Aussicht auf den Zuschlag bestanden habe. Der Antragsteller habe das Angebot abgelehnt. Der Antragsteller räumte ein, über kein Spritzgusswerkzeug zur Herstellung des Schminkkästchens zum Angebotszeitpunkt verfügt zu haben. Ein solches sei erst später, Ende September bzw Oktober, hergestellt worden.

Der Auftraggeber hob hervor, dass das Fehlen eines Spritzgusswerkzeuges und damit das fehlende Gebinde zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung keinen verbesserungsfähigen Mangel darstelle, sodass der Antragsteller auszuschneiden gewesen wäre. Wäre dem Antragsteller die Möglichkeit der Verbesserung eingeräumt worden, wäre es zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber den übrigen Bietern gekommen. Der Antragsteller habe erst in der Folge, nämlich nach Angebotsöffnung, einem Zeitpunkt zu dem die Angebotspreise bereits bekannt seien, die Investitionskosten für das Spritzgusswerkzeug tätigen müssen.

Dem hielt der Antragsteller entgegen, dass nach den präkludierten Ausschreibungsbestimmungen lediglich die entsprechende Nichtvorlage eines Einzelgebindes zum Ausschneiden führen könne. Der Auftraggeber habe keinen Verbesserungsauftrag erteilt und es sei auch keine Ausscheidensentscheidung gefallen. Ein nunmehriges Ausschneiden wäre einem Rechtsmissbrauch gleichzusetzen. Die "Kann-Bestimmung" sei als pflichtgemäßes Ermessen zu interpretieren. Festgestellt wurde, dass bei erhöhter Raumtemperatur im Verhandlungssaal die sich in Tiegel befindende Tarnschminke des Antragstellers keinen flüssigen Zustand aufwies. Dies wurde auch vom Auftraggeber bestätigt. Er räumte ein, dass es sich bei der Angabe in der Zuschlagsentscheidung, wonach die Tarnschminke bei Raumtemperatur flüssig wäre, um eine falsche Wortwahl handle. Frau F*** (Auftraggeber) hielt fest, dass sich bei der Prüfung der Angebotsmuster herausgestellt habe, dass sich alle drei Tarnschminfarben des Antragstellers bei +40°C verflüssigen. Dies bedeute, dass sich die Ölwachsschicht von der Pigmentierung abgesetzt habe. Dies habe sich bei der Tarnfarbe "Lederbraun" besonders deutlich gezeigt. Bei den beiden anderen Tarnfarben des Antragstellers "Teerschwarz" und "Bronzegrün" sei das Absetzen nicht so deutlich sichtbar gewesen. Im Vergleich zu den anderen Angebotsmustern hätten diese Tarnfarben des Antragstellers den Ausschreibungsbestimmungen nicht entsprochen. Die Tarnschminke des Antragstellers sei bei +40°C noch auf der Haut auftragbar, aber - im Vergleich zu den Produkten der anderen Bieter - nicht gut hautabdeckend gewesen. Beim vom Antragsteller vorgelegten Sicherheitsdatenblatt, wonach der Schmelzpunkt höher als +40°C sei, handle es sich nach Aussage des Auftraggebers lediglich um Angaben des Herstellers, die nicht von einer unabhängigen Stelle geprüft worden seien. Eine Zusicherung der Eigenschaften sei ausgeschlossen worden. Die Angebotsmusterprüfung habe zu anderen Ergebnissen geführt. Der Antragsteller legte eine Bestätigung seines Lieferanten (E***) vom 27.11.2009 vor (Beilage./E), die technische Lieferbedingungen des Bundesamtes für Wehrtechnik und Beschaffungen zur Tarnschminke enthielt. Dazu wies der Antragsteller darauf hin, dass der Deutschen Bundeswehr eine Tarnschminke in gleicher Qualität geliefert werde, wie sie nunmehr dem österreichischen Heer angeboten werde.

Hinsichtlich der Konsistenz bei Temperaturbedingungen -10°C bis +40°C und Witterungsbedingungen würden die selben Anforderungen gelten. Aus einer weiteren mit 27.1.2010 datierten, vorgelegten Lieferantenbestätigung (Beilage./B) ergebe sich, dass die Tarnschminke in der selben Qualität geliefert werden solle wie der Deutschen Bundeswehr. Der Stempel auf der ebenfalls vorgelegten Bestätigung vom 25.11.2009 "BWB 53" (Beilage./F) sei als Güteprüfungsbestätigung zu werten. Außerdem legte der Antragsteller noch einen mit 9.12.2009 datierten Schriftsatz der Deutschen Bundeswehr (Beilage./C) sowie ein Sicherheitsdatenblatt gemäß der Verordnung 1907/2006/EG

Artikel 31 (Beilage./D) vor. Außerdem wurden die Einvernahme des Zeugen I*** zur Bestätigung des gesamten Vorbringens und die Bestellung eines Sachverständigen beantragt.

Der Auftraggeber hielt dem entgegen, dass sich aus der Bestätigung vom 27.1.2010 (Beilage./B) kein definitiver Einsatz der Tarnschminke bei der Deutschen Bundeswehr ergebe. Dies gelte auch für die übrigen Bestätigungen. Diese seien nicht entscheidungsrelevant, da die Angebotsmusterprüfung zu anderen Ergebnissen geführt habe.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hob hervor, dass sich die vorgelegten Bestätigungen lediglich auf zwei Farbtöne beziehen würden. Für den Farbton "Lederbraun" fehle eine solche. Die Codierung "F9" beziehe sich nur auf den Farbton "Teerschwarz". Der Antragsteller wies darauf hin, dass der jeweilige Farbton keinen Einfluss auf die Qualität der Grundsubstanz habe. Zur RAL-F9-Farbe führte der Auftraggeber aus, dass mit dem Zusatz "F9" eine spezielle Farbe gefordert werde, die auch im nahen Infrarotbereich - nicht sichtbarer Bereich - spezielle Anforderungen erfüllen müsse. In diesem Bereich habe die angebotene Tarnschminke beim Farbton "Bronzegrün" überhaupt nicht entsprochen und bei den Farbtönen "Teerschwarz" und "Lederbraun" im Vergleich zu den übrigen Bietern schlechter abgeschnitten. Die mit 27.1.2010 datierte Bestätigung des Lieferanten des Antragstellers (Beilage./B) könne für den sichtbaren Bereich durchaus zutreffen. Dies könne jedoch auf Grund der Messungen des Auftraggebers nicht für den nicht sichtbaren Bereich zutreffen.

Unter Verweis auf die vorgelegte Bestätigung vom 22.12.2009, die sich auf den sichtbaren und nicht sichtbaren Bereich beziehe, bestritt der Antragsteller das Vorbringen des Auftraggebers.

Nach Meinung des präsumtiven Zuschlagsempfängers und des Auftraggebers würden sich die Anforderungen des österreichischen Bundesheeres von jenen der Deutschen Bundeswehr an die RAL-Farben unterscheiden.

Zwar wurde von Frau B*** (Auftraggeber) eingeräumt, dass die Formulierung der Zuschlagskriterien nicht besonders klar ausgefallen sei. Der Auftraggeber betonte aber, dass das "Billigstbieterprinzip" für die gegenständliche Ausschreibung gelte, zumal die Formulierung "wirtschaftlich günstigstes Angebot" im Unterschied zur Formulierung "wirtschaftlich und technisch günstigstes Angebot" als "Billigstbieterprinzip" iSv § 80 Abs 3 BVergG zu verstehen sei. Zwar wurde von Frau B*** (Auftraggeber) eingeräumt, dass die Formulierung der Zuschlagskriterien nicht besonders klar ausgefallen sei. Der Auftraggeber betonte aber, dass das "Billigstbieterprinzip" für die gegenständliche Ausschreibung gelte, zumal die Formulierung "wirtschaftlich günstigstes Angebot" im Unterschied zur Formulierung "wirtschaftlich und technisch günstigstes Angebot" als "Billigstbieterprinzip" iSv Paragraph 80, Absatz 3, BVergG zu verstehen sei.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Qualifizierung des zu vergebenden Auftrages
römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Qualifizierung des zu vergebenden Auftrages

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG.

Im gegenständlichen Verfahren wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen. Es handelt sich um einen Lieferauftrag iSv § 5 leg cit, der in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden soll. Im gegenständlichen Verfahren wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen. Es handelt sich um einen Lieferauftrag iSv Paragraph 5, leg cit, der in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden soll.

Die C*** hat mit Schriftsatz vom 14.12.2009 begründete Einwendungen erhoben, sodass ihr im gegenständlichen Verfahren Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG zukommt. Die C*** hat mit Schriftsatz vom 14.12.2009 begründete Einwendungen erhoben, sodass ihr im gegenständlichen Verfahren Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zukommt.

II. Zu Spruchpunkt I (Wiedereinsetzungsantrag) römisch zwei. Zu Spruchpunkt römisch eins (Wiedereinsetzungsantrag)

1. 1. Ziffer eins

Zuordnung des Lieferauftrages zum Schwellenwertbereich

Bereits in der bestandsfest gewordenen Bekanntmachung hat der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert mit € 150.000,-- für den zu vergebenden Auftrag festgelegt. Eine Zuordnung zum Ober- oder Unterschwellenbereich erfolgte allerdings weder in der Bekanntmachung noch in den Ausschreibungsunterlagen.

Im Anhang V BVergG scheint das Bundesministerium für Landesverteidigung in der Liste der zentralen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 BVergG auf. Für dieses sieht § 12 Abs. 1 leg cit eine Zuordnung der Vergabe von Aufträgen zum Oberschwellenbereich vor, wenn der geschätzte Auftragswert ohne USt. bei Lieferaufträgen € 137.000,- beträgt. Allerdings gilt dies nur für Aufträge betreffend Waren, die im Anhang VI genannt sind. Im Anhang römisch fünf BVergG scheint das Bundesministerium für Landesverteidigung in der Liste der zentralen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG auf. Für dieses sieht Paragraph 12, Absatz eins, leg cit eine Zuordnung der Vergabe von Aufträgen zum Oberschwellenbereich vor, wenn der geschätzte Auftragswert ohne USt. bei Lieferaufträgen € 137.000,- beträgt. Allerdings gilt dies nur für Aufträge betreffend Waren, die im Anhang römisch sechs genannt sind.

Anhang VI umfasst Waren, deren Klassifikation auf dem internationalen Übereinkommen über das harmonisierte System zur Bezeichnung und Kodierung der Waren beruht. Im Anhang VI werden verschiedene Kapitel genannt, in denen einerseits verschiedene Erzeugnisse einer bestimmten Produktgattung aufgezählt werden und andererseits lediglich umfassende Oberbegriffe für Produkte mit einzelnen Ausnahmen enthalten sind. Explizit scheint der Begriff "Tarnschminke" nicht auf. Anhang römisch sechs umfasst Waren, deren Klassifikation auf dem internationalen Übereinkommen über das harmonisierte System zur Bezeichnung und Kodierung der Waren beruht. Im Anhang römisch sechs werden verschiedene Kapitel genannt, in denen einerseits verschiedene Erzeugnisse einer bestimmten Produktgattung aufgezählt werden und andererseits lediglich umfassende Oberbegriffe für Produkte mit einzelnen Ausnahmen enthalten sind. Explizit scheint der Begriff "Tarnschminke" nicht auf.

Der Antragsteller nennt für die Subsumtion der

ausgeschriebenen Tarnschminke die Kapitel 29, 32, 33, 34, 38 und 98 des Anhangs VI BVergG. Ausgeschriebenen Tarnschminke die Kapitel 29, 32, 33, 34, 38 und 98 des Anhangs römisch sechs BVergG.

Anhang VI BVergG lautet auszugsweise wie folgt: Anhang römisch sechs BVergG lautet auszugsweise wie folgt:

".....

Kapitel 29: organische chemische Erzeugnisse

Ausgenommen:

aus 29.03 Sprengstoffe

aus 29.04 Sprengstoffe

aus 29.07 Sprengstoffe

aus 29.08 Sprengstoffe

aus 29.11 Sprengstoffe

aus 29.12 Sprengstoffe

aus 29.13 toxikologische Erzeugnisse

aus 29.14 toxikologische Erzeugnisse

aus 29.15 toxikologische Erzeugnisse

.....

Kapitel 32: Gerbstoff oder Farbstoffauszüge, Tannine und ihre

Derivate, Farbstoffe,

Farben, Anstrichfarben, Lacke und Färbemittel,

Kitte, Tinten

Kapitel 33: Ätherische Öle und Resinoide; zubereitete Riech-,

Körperpflege- und

Schönheitsmittel

Kapitel 34: Seifen, organische grenzflächenaktive Stoffe,

zubereitete Waschmittel

und Waschlöschmittel, zubereitete Schmiermittel,

künstliche Wachse,

zubereitete Wachse, Schuhcreme, Scheuerpulver und

dergleichen, Kerzen und ähnliche Erzeugnisse,

Modelliermassen und "Dentalwachs"

Kapitel 35: Eiweißstoffe; Klebstoffe; Enzyme

Kapitel 37: Erzeugnisse zu photographischen und

kinematographischen Zwecken

Kapitel 38: Verschiedene Erzeugnisse der chemischen Industrie

ausgenommen:

aus 38.19 toxiologische Erzeugnisse

Kapitel 39: Kunststoffe, Zelluloseäther und -ester, künstliche

Resinoide und Waren

daraus

ausgenommen 39.09 Sprengstoffe

.....

Kapitel 95: bearbeitete Schnitz- und Formstoffe, Waren aus

Schnitz- und Formstoffen

Kapitel 96: Besen, Bürsten, Pinsel, Puderquasten und Siebwaren

Kapitel 98: verschiedene Waren"

Soweit sich der Antragsteller auf eine Subsumtion unter Kapitel 29 "organische chemische Erzeugnisse" beruft, ist ihm entgegenzuhalten, dass angesichts der in diesem Kapitel angeführten Abschnitte I. bis XIII. des genanntenSoweit sich der Antragsteller auf eine Subsumtion unter Kapitel 29 "organische chemische Erzeugnisse" beruft, ist ihm entgegenzuhalten, dass angesichts der in diesem Kapitel angeführten Abschnitte römisch eins. bis römisch dreizehn. des genannten

Übereinkommens eine Subsumtion von Tarnschminke unter Kapitel 29 nicht in Frage kommt. Dabei handelt es sich beispielsweise um Kohlenwasserstoffe und deren Halogen-, Sulfo-, Nitro- oder Nitrosoderivate (Abschnitt I), Alkohole (Abschnitt II), Phenole (Abschnitt III), Ether (Abschnitt IV), Verbindungen mit Aldehydfunktion (Abschnitt V), Verbindungen mit Keton- oder Chinonfunktion (Abschnitt VI).Übereinkommens eine Subsumtion von Tarnschminke unter Kapitel 29 nicht in Frage kommt. Dabei handelt es sich beispielsweise um Kohlenwasserstoffe und deren Halogen-, Sulfo-, Nitro- oder Nitrosoderivate (Abschnitt römisch eins), Alkohole (Abschnitt römisch zwei), Phenole (Abschnitt römisch drei), Ether (Abschnitt römisch vier), Verbindungen mit Aldehydfunktion (Abschnitt römisch fünf), Verbindungen mit Keton- oder Chinonfunktion (Abschnitt römisch sechs).

Eine Subsumtion der ausgeschriebenen Tarnschminke unter die vom Antragsteller genannten Kapitel 32, 33 und 34, in denen explizit spezifische Produkte derselben Produktgattung genannt sind, ist ebenso auszuschließen. Während bei den aufgezählten Produkten im Kapitel 32 auf dauerhafte farbliche Veränderung, anders als dies bei einer Tarnschminke der Fall ist, abgestellt wird, stellt Kapitel 33 auf Produkte aus dem Bereich der Kosmetik und der Schönheit ab. Beispielsweise werden in diesem Kapitel des genannten internationalen Übereinkommens Duftöle (Lavendelöl oder Jasminöl),

Schönheitsmittel für die Lippen, Puder, Rasiermittel oder Körper-Desodorierungsmittel genannt. Zu diesem Zweck wird jedoch die ausgeschriebene Tarnschminke nicht eingesetzt. Ebenso wenig wird die Tarnschminke dem Zweck der im Kapitel 34 aufgezählten Produkte, die der Reinigung dienen, gerecht, sodass eine Subsumtion unter dieses Kapitel

entfällt. Dies gilt auch für den in Kapitel 38 aufscheinenden Oberbegriff der verschiedenen Erzeugnisse der chemischen Industrie, in dem toxikologische Erzeugnisse ausgenommen werden. Es werden in diesem Kapitel des genannten internationalen Übereinkommens Produkte wie beispielsweise künstlicher Graphit, Aktivkohle, Holzteer, feuerfeste Zemente oder zubereitete Nährsubstrate für die Züchtung von Mikroorganismen genannt, die in keinem Konnex zur Tarnschminke stehen. Ebenso wenig ist davon auszugehen, dass die Tarnschminke unter Kapitel 98

(verschiedene Waren) zu subsumieren ist. Die nach Kapitel 38 bis zu Kapitel 98 angeschlossenen Kapitel beziehen sich auf Produkte und Produktgattungen, die keinesfalls auch nur annähernd mit der ausgeschriebenen Tarnfarbe im Zusammenhang gebracht werden könnten.

Da die ausgeschriebene Tarnschminke nicht unter die im Anhang VI BVergG genannten Waren fällt, ist aufgrund des geschätzten Auftragswerts von € 150.000,--, der weit unter dem Grenzwert für den Oberschwellenbereich liegt, von einem Lieferauftrag auszugehen, der dem Unterschwellenbereich zuzuordnen ist. Da die ausgeschriebene Tarnschminke nicht unter die im Anhang römisch sechs BVergG genannten Waren fällt, ist aufgrund des geschätzten Auftragswerts von € 150.000,--, der weit unter dem Grenzwert für den Oberschwellenbereich liegt, von einem Lieferauftrag auszugehen, der dem Unterschwellenbereich zuzuordnen ist.

1. 2.Ziffer 2

Wiedereinsetzungsgrund

Der Antragsteller stützt sich hinsichtlich des Wiedereinsetzungsgrundes auf einen Rechtsirrtum, bei dem ein minderer Grad des Versehens nicht überschritten worden sei. Dazu bezieht er sich auf die zahlreichen Positionen im Anhang VI BVergG, hinsichtlich derer aus gutem Grund angenommen worden sei, dass die ausgeschriebene Tarnschminke darunter subsumiert werden könne. Der Antragsteller habe aufgrund der telefonischen Anfrage bei Frau Amtsdirektorin B*** darüber hinaus von einer Zuordnung der Tarnschminke zum Anhang VI und damit vom Vorliegen eines Auftrages im Oberschwellenbereich ausgehen können. Auch die in der Zuschlagsentscheidung festgelegte Stillhaltefrist habe dafür gesprochen. Der Antragsteller stützt sich hinsichtlich des Wiedereinsetzungsgrundes auf einen Rechtsirrtum, bei dem ein minderer Grad des Versehens nicht überschritten worden sei. Dazu bezieht er sich auf die zahlreichen Positionen im Anhang römisch sechs BVergG, hinsichtlich derer aus gutem Grund angenommen worden sei, dass die ausgeschriebene Tarnschminke darunter subsumiert werden könne. Der Antragsteller habe aufgrund der telefonischen Anfrage bei Frau Amtsdirektorin B*** darüber hinaus von einer Zuordnung der Tarnschminke zum Anhang römisch sechs und damit vom Vorliegen eines Auftrages im Oberschwellenbereich ausgehen können. Auch die in der Zuschlagsentscheidung festgelegte Stillhaltefrist habe dafür gesprochen.

Hinsichtlich der Zuordnung zum Oberschwellenbereich, für den eine 14-tägige Anfechtungsfrist § 321 Abs.1 Z 7 BVergG gelte, sei der Antragsteller einem Rechtsirrtum unterlegen. Hinsichtlich der Zuordnung zum Oberschwellenbereich, für den eine 14-tägige Anfechtungsfrist Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG gelte, sei der Antragsteller einem Rechtsirrtum unterlegen.

Da es sich - wie oben dargestellt - im gegenständlichen Fall um einen Lieferauftrag im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich handelt, ist für die Bekämpfung von gesondert anfechtbaren Entscheidungen - im gegenständlichen Fall für die Zuschlagsentscheidung bzw. in eventu Ausscheidensentscheidung - nicht § 321 Abs 1 Z 7 leg cit sondern § 321 Abs. 1 Z 5 BVergG maßgebend, der im Unterscheid zu § 321 Abs 1 Z 7 leg cit nicht eine 14-tägige sondern nur eine 7-tägige Anfechtungsfrist vorsieht. Hierbei handelt es sich um eine verfahrensrechtliche Frist (VfGH 2.3.2002, B 1426/99; VwGH 24.5.2006, 2006/04/0054), gegen die Da es sich - wie oben dargestellt - im gegenständlichen Fall um einen Lieferauftrag im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich handelt, ist für die Bekämpfung von gesondert anfechtbaren Entscheidungen - im gegenständlichen Fall für die Zuschlagsentscheidung bzw. in eventu Ausscheidensentscheidung - nicht Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, leg cit sondern Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG maßgebend, der im Unterscheid zu Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, leg cit nicht eine 14-tägige sondern nur eine 7-tägige Anfechtungsfrist vorsieht. Hierbei handelt es sich um eine verfahrensrechtliche Frist (VfGH 2.3.2002, B 1426/99; VwGH 24.5.2006, 2006/04/0054), gegen die

grundsätzlich das Rechtsinstrument der Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gemäß §§ 71ff AVG 1991 idgF offen steht (vgl. BVA 23.7.2004, 04N-50/04-46; 15.6.2009, N/0035-BVA/09/2009-63; 17.9.2009, N/0087-BVA/03/2008-26).grundsätzlich das Rechtsinstrument der Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gemäß Paragraphen 71 f, f,

AVG 1991 idgF offen steht vergleiche BVA 23.7.2004, 04N-50/04-46; 15.6.2009, N/0035-BVA/09/2009-63; 17.9.2009, N/0087-BVA/03/2008-26).

Gemäß § 71 Abs 1 Z 1 AVG 1991 idgF ist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein

Gemäß Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG 1991 idgF ist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein

unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft.

Gemäß § 71 Abs 2 leg cit muss der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen 2 Wochen nach Wegfall des Hindernisses oder nach dem Zeitpunkt, in dem die Partei von der Zulässigkeit der Berufung Kenntnis erlangt hat, gestellt werden. Gemäß Paragraph 71, Absatz 2, leg cit muss der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen 2 Wochen nach Wegfall des Hindernisses oder nach dem Zeitpunkt, in dem die Partei von der Zulässigkeit der Berufung Kenntnis erlangt hat, gestellt werden.

Gemäß § 71 Abs 3 leg cit hat die Partei im Fall der Versäumung einer Frist die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen. Gemäß Paragraph 71, Absatz 3, leg cit hat die Partei im Fall der Versäumung einer Frist die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen.

Voraussetzung für die Bewilligung der Wiedereinsetzung ist damit das Vorliegen eines Wiedereinsetzungsgrundes. Ein solcher ist gegeben, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten und sie kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 7.6.2000, ZI.99/01/0337; 18.4.2002, ZI.2001/01/0559; 20.4.2005, ZI. 2004/20/0435; 6.5.2004, ZI. 2001/20/0195; ebenso BVA 12.5.2009 N/0014-BVA/04/2009-28 und N/0025-BVA/04/2009-22; 15.6.2009, N/0035-BVA/09/2009-63; 17.9.2009, N/0087-BVA/03/2008-26) stellt auch der Rechtsirrtum ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis und damit einen Wiedereinsetzungsgrund dar, der eine Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen kann. Dies jedoch nur unter der Bedingung, dass die weiteren Voraussetzungen, insbesondere mangelndes Verschulden bzw. ein minderer Grad des Versehens vorliegen (vgl. VwGH 30.4.2001, 2001/03/0183; 25.5.2007, 2006/12/0219; Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche VwGH 7.6.2000, ZI. 99/01/0337; 18.4.2002, ZI.2001/01/0559; 20.4.2005, ZI. 2004/20/0435; 6.5.2004, ZI. 2001/20/0195; ebenso BVA 12.5.2009 N/0014-BVA/04/2009-28 und N/0025-BVA/04/2009-22; 15.6.2009, N/0035-BVA/09/2009-63; 17.9.2009, N/0087-BVA/03/2008-26) stellt auch der Rechtsirrtum ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis und damit einen Wiedereinsetzungsgrund dar, der eine Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen kann. Dies jedoch nur unter der Bedingung, dass die weiteren Voraussetzungen, insbesondere mangelndes Verschulden bzw. ein minderer Grad des Versehens vorliegen vergleiche VwGH 30.4.2001, 2001/03/0183; 25.5.2007, 2006/12/0219;

ebenso Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht, 5. Auflage, 326;

Hengstschläger/Leeb, AVG § 71 Rz 68;). Der mindere Grad des Versehens ist als leichte Fahrlässigkeit iSv § 1332 ABGB zu verstehen. Diese liegt dann vor, wenn ein Fehler begangen wird, den gelegentlich auch ein sorgfältiger Mensch macht (vgl Hinweis 19a zu § 71 AVG bei Hauer/Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶; BVA 12.5.2009, N/0014-BVA/04/2009-28 und N/0025-BVA/04/2009-22). Es ist daher im gegenständlichen Fall zu prüfen, ob ein über den minderen Grad des Versehens hinausgehendes Verschulden des Antragstellers vorliegt. Hengstschläger/Leeb, AVG Paragraph 71, Rz 68;). Der mindere Grad des Versehens ist als leichte Fahrlässigkeit iSv § 1332 ABGB zu verstehen. Diese liegt dann vor, wenn ein Fehler begangen wird, den gelegentlich auch ein sorgfältiger Mensch macht vergleiche Hinweis 19a zu Paragraph 71, AVG bei Hauer/Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶; BVA 12.5.2009, N/0014-BVA/04/2009-28 und N/0025-BVA/04/2009-22). Es ist daher im gegenständlichen Fall zu prüfen, ob ein über den minderen Grad des Versehens hinausgehendes Verschulden des Antragstellers vorliegt.

Minderer Grad des Versehens

Vom Vorliegen eines minderen Grades des Versehens des Antragstellers ist in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation auszugehen. Der Antragsteller, der selbst eine Subsumtion der ausgeschriebenen Tarnschminke unter Anhang VI BVergG vorgenommen hatte, hat sich darüber hinaus auch an den Auftraggeber zur Klärung der Frage gewandt, ob ein im Oberschwellenbereich zu vergebender Auftrag bei der ausgeschriebenen Tarnschminke vorliegt, und wurde in seiner Rechtsansicht bestätigt. Dies ergibt sich aus den

Vom Vorliegen eines minderen Grades des Versehens des Antragstellers ist in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation auszugehen. Der Antragsteller, der selbst eine Subsumtion der ausgeschriebenen Tarnschminke unter Anhang römisch sechs BVergG vorgenommen hatte, hat sich darüber hinaus auch an den Auftraggeber zur Klärung der Frage gewandt, ob ein im Oberschwellenbereich zu vergebender Auftrag bei der ausgeschriebenen Tarnschminke vorliegt, und wurde in seiner Rechtsansicht bestätigt. Dies ergibt sich aus den

übereinstimmenden Aussagen von Frau B*** (Auftraggeber) und Herrn G*** (Antragsteller) in der mündlichen Verhandlung.

Was den Zeitpunkt der diesbezüglichen Anfrage des Antragstellers betrifft, wird der Aussage von G*** in der mündlichen Verhandlung gefolgt, wonach mit Frau *** dazu ein Gespräch im Oktober 2009 geführt worden ist, da im Zeitraum September - Oktober 2009 in Summe 6 bis 8 Gespräche mit Herrn D*** (Auftraggeber) und Frau B*** (Auftraggeber) geführt worden sind. Dass beispielsweise im September 2009 zwischen Herrn G*** und dem Auftraggeber Gespräche stattfanden, ergibt sich aus dem im vorgelegten Vergabeakt aufscheinenden E-Mail-Verkehr vom 15.9.2009 zwischen Frau B*** und Herrn G***, in dem auch Bezug auf ein mit Herrn D*** geführtes Gespräch genommen wird. Für ein im Dezember 2009 geführtes Gespräch zwischen Frau B*** und Herrn G*** findet sich im vorgelegten Vergabeakt, der nach Aussagen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung vollständig vorgelegt wurde, überhaupt kein Anhaltspunkt.

Im Übrigen ist Frau B*** - als im Vergabeakt aufscheinende Bearbeiterin des Vergabeverfahrens - als Auskunftsperson des Auftraggebers aufgetreten. Der Auftraggeber hat selbst in seinem Schriftsatz vom 7.12.2009 den gegenständlichen Lieferauftrag mehrfach dem Oberschwellenbereich zugeordnet. In der Folge hat der Auftraggeber - nunmehr vertreten durch die X*** - mit Schriftsatz vom 14.12.2009 hingegen

wieder die Auffassung vertreten, dass es sich bei der zu vergebenden Tarnschminke um einen im Unterschwellenbereich zu vergebenden Lieferauftrag handle, da eine Subsumtion unter Anhang VI BVergG auszuschließen sei. Diese Ansicht behielt der Auftraggeber in der Folge im Schriftsatz vom 27.1.2010 bei, wobei von ihm auch noch bestritten wurde, dass Frau B*** dem Antragsteller eine Auskunft über die Zuordnung zum Oberschwellenbereich gegeben habe. wieder die Auffassung vertreten, dass es sich bei der zu vergebenden Tarnschminke um einen im Unterschwellenbereich zu vergebenden Lieferauftrag handle, da eine Subsumtion unter Anhang römisch sechs BVergG auszuschließen sei. Diese Ansicht behielt der Auftraggeber in der Folge im Schriftsatz vom 27.1.2010 bei, wobei von ihm auch noch bestritten wurde, dass Frau B*** dem Antragsteller eine Auskunft über die Zuordnung zum Oberschwellenbereich gegeben habe.

Auf Grund des "wechselhaften Verhaltens" des Auftraggebers hinsichtlich der Zuordnung des gegenständlichen Auftrages zum Schwellenwertbereich wird der Eindruck gewonnen, dass dem Antragsteller die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung übermäßig erschwert werden sollte. Damit legt der Auftraggeber gegenüber dem Antragsteller auch ein Vorgehen an den Tag, das mit dem des Auftraggebers in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 27.2.2003, Rs C-327/00 (Santex S.p.A.), vergleichbar ist.

Soweit der Auftraggeber vorbringt, dass es sich bei einer unrichtigen Behördenauskunft um keinen minderen Grad des Versehens handeln würde, weil behördliche Zusagen mangels gesetzlicher angeordneter bindender Wirkung die Missachtung zwingender gesetzlicher Regelungen nicht zu rechtfertigen vermögen, so ist dem entgegenzuhalten, dass in der

gegenständlichen Sachverhaltskonstellation der Auftraggeber nicht als Behörde im Hoheitsbereich auftritt, sondern die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber dem Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung zuzuordnen ist. Bemerkt wird im Übrigen, dass der Auftraggeber entgegen § 80 Abs.1 BVergG in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Angabe, ob die Vergabe der Tarnschminke dem Ober- oder dem Unterschwellenbereich zuzuordnen ist, unterlassen hat. gegenständlichen Sachverhaltskonstellation der Auftraggeber nicht als Behörde im

Hoheitsbereich auftritt, sondern die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber dem Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung zuzuordnen ist. Bemerkt wird im Übrigen, dass der Auftraggeber entgegen Paragraph 80, Absatz eins, BVergG in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Angabe, ob die Vergabe der Tarnschminke dem Ober- oder dem Unterschwellenbereich zuzuordnen ist, unterlassen hat.

Vielmehr hat sich der Antragsteller auf Grund der fehlenden Angaben in der Ausschreibung im Oktober 2009 an die sowohl in der Bekanntmachung als auch in den Ausschreibungsunterlagen für Auskünfte zuständige Stelle, nämlich Frau B***, zur endgültigen Klärung der Frage der Schwellenbereichszuordnung gewandt, die von einer Vergabe im Oberschwellenbereich ausging. Hiermit hat der Antragsteller ein Verhalten an den Tag gelegt, das selbst der Auftraggeber in seinem Schriftsatz vom 27.1.2010 als notwendige Vorgangsweise eines Bieters darstellt, der sich nicht auf seine eigene, laienhafte Einschätzung der Verfahrensregeln verlassen darf. Es ist daher vom Vorliegen eines minderen Grades des Versehens des Antragstellers gemäß § 71 Abs 1 Z 1 AVG idGF auszugehen. Vielmehr hat sich der Antragsteller auf Grund der fehlenden Angaben in der Ausschreibung im Oktober 2009 an die sowohl in der Bekanntmachung als auch in den Ausschreibungsunterlagen für Auskünfte zuständige Stelle, nämlich Frau B***, zur endgültigen Klärung der Frage der Schwellenbereichszuordnung gewandt, die von einer Vergabe im Oberschwellenbereich ausging. Hiermit hat der Antragsteller ein Verhalten an den Tag gelegt, das selbst der Auftraggeber in seinem Schriftsatz vom 27.1.2010 als notwendige Vorgangsweise eines Bieters darstellt, der sich nicht auf seine eigene, laienhafte Einschätzung der Verfahrensregeln verlassen darf. Es ist daher vom Vorliegen eines minderen Grades des Versehens des Antragstellers gemäß Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG idGF auszugehen.

Der Wiedereinsetzungsantrag wurde darüber hinaus rechtzeitig gemäß § 71 Abs 1 Z 2 leg cit gestellt, da sich der Antragsteller jedenfalls nach Bekanntgabe der angefochtenen Zuschlagsentscheidung (19.11.2009) an seinen nunmehrigen Rechtsvertreter gewandt hat, der auch eine Zuordnung zum Unterschwellenbereich in Erwägung zog. In der Folge wurden am 3.12.2009 der im Spruch genannte Antrag auf Wiedereinsetzung und der Nachprüfungsantrag (vgl § 71 Abs 3 leg cit) eingebracht. Der Wiedereinsetzungsantrag wurde darüber hinaus rechtzeitig gemäß Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer 2, leg cit gestellt, da sich der Antragsteller jedenfalls nach Bekanntgabe der angefochtenen Zuschlagsentscheidung (19.11.2009) an seinen nunmehrigen Rechtsvertreter gewandt hat, der auch eine Zuordnung zum Unterschwellenbereich in Erwägung zog. In der Folge wurden am 3.12.2009 der im Spruch genannte Antrag auf Wiedereinsetzung und der Nachprüfungsantrag (vergleiche Paragraph 71, Absatz 3, leg cit) eingebracht.

Dem Antrag auf Wiedereinsetzung ist daher stattzugeben.

III. Antragslegitimation des Antragstellers römisch drei. Antragslegitimation des Antragstellers

1. 1. Ziffer eins

Allgemeines

Der Auftraggeber hat sowohl in seinen Schriftsätzen als auch in der mündlichen Verhandlung mehrmals betont, das Angebot des Antragstellers nicht ausgeschieden zu haben. Die in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung enthaltenen Ausführungen zum Angebot des Antragstellers sind ebenso nicht als eine gegen das Angebot des Antragstellers gerichtete Ausscheidensentscheidung zu verstehen, sondern vielmehr als Darstellung der Gründe für die Ablehnung seines Angebotes iSv § 131 4. Satz BVergG zu interpretieren. Der Antragsteller hat auch in der mündlichen Verhandlung seinen in eventu gestellten Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung zurückgezogen. Der Auftraggeber hat sowohl in seinen Schriftsätzen als auch in der mündlichen Verhandlung mehrmals betont, das Angebot des Antragstellers nicht ausgeschieden zu haben. Die in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung enthaltenen Ausführungen zum Angebot des Antragstellers sind ebenso nicht als eine gegen das Angebot des Antragstellers gerichtete Ausscheidensentscheidung zu verstehen, sondern vielmehr als Darstellung der Gründe für die Ablehnung seines Angebotes iSv Paragraph 131, 4. Satz BVergG zu interpretieren. Der Antragsteller hat auch in der mündlichen Verhandlung seinen in eventu gestellten Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung zurückgezogen.

Soweit der Auftraggeber bzw der präsuntive Zuschlagsempfänger nunmehr vorbringen, dass das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre, handelt es sich um ein im Rahmen der Antragslegitimation gemäß § 320 Abs 1 BVergG zu prüfendes Vorbringen. Nach ständiger Judikatur des VwGH (18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39; 16.6.2009, N/0030- BVA/04/2009-41)

ist das Bundesvergabeamt nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Der Umstand, dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat. Soweit der Auftraggeber bzw der präsumtive Zuschlagsempfänger nunmehr vorbringen, dass das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre, handelt es sich um ein im Rahmen der Antragslegitimation gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zu prüfendes Vorbringen. Nach ständiger Judikatur des VwGH (18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39; 16.6.2009, N/0030- BVA/04/2009-41) ist das Bundesvergabeamt nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Der Umstand, dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat.

Den Rahmen der Nachprüfungsbehörde für die Prüfung der Antragslegitimation schränkt der Verwaltungsgerichtshof insofern ein, als es dem genannten Sicherungszweck

zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidungsgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (vgl auch VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061- BVA/04/2009-32). zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidungsgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (vergleiche auch VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061- BVA/04/2009-32).

Ob solche im Rahmen der Antragslegitimation zu prüfenden Ausscheidungsgründe, die schon aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ersichtlich sind, vorliegen, ist nachfolgend zu prüfen. Der Auftraggeber, dessen Vorbringen sich auch der präsumtive Zuschlagsempfänger weitgehend anschloss, brachte zum einen vor, dass das Angebot des Antragstellers nach Prüfung seines vorgelegten Angebotsmusters nicht den Vorgaben der TB entspreche. Dabei wurde auf die geforderte Vorlage eines Angebotsmusters im Hinblick auf die als "Muss-Forderung" eingestuften Vorgaben zum Gebinde und auf die objektbezogenen Forderungen (Farbcodes und Temperaturverhalten) verwiesen. Außerdem entspreche das Angebot des Antragstellers nicht den Kriterien des Leistungsverzeichnisses.

1. 2.Ziffer 2

Abgebotsmuster - Vorgaben der Ausschreibung zum Temperaturverhalten sowie den RAL-F9-Farbcodes

Sowohl die Leistungsbeschreibung im Leistungsverzeichnis als auch die TB geben für die Tarnschminke bestimmte Farbgebungen in Form von RAL-F9-Codierungen vor. Für Lederbraun wird RAL 8027-F9, für Bronzegrün RAL 6031-F9 und für Teerschwarz RAL 9021-F9 (siehe Leistungsverzeichnis und TB in den Punkten 1.4.2. bzw 2.2.2.2) genannt. Außerdem werden Anforderungen für den Temperaturbereich -10°C bis +40°C (siehe Leistungsverzeichnis und die TB in den Punkten 1.4.2. bzw

2.1.1.) vorgegeben.

2.1. Angebotsmuster - Temperaturverhalten

Gestützt auf die Ergebnisse seiner Musterprüfung vertrat der Auftraggeber die Ansicht, dass der Antragsteller auszuschneiden gewesen wäre, da das vorgelegte Angebotsmuster des Antragstellers nicht den Vorgaben der Ausschreibung zum Temperaturbereich entspreche. Dies wurde vom Antragsteller bestritten, wobei sich dieser auf ein

Sicherheitsdatenblatt der E*** (Beilage ./D), das auch dem Angebot des Antragstellers beilag, stützte. Danach liege der Schmelzpunkt seiner Tarnschminke höher als +40°C.

Auch wenn es sich hierbei um keine Bestätigung einer unabhängigen Stelle - wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vorbrachte - sondern um eine Herstellerbestätigung handelt, deren Angaben auf dem aktuellen Stand der Kenntnisse basieren, so ist dem Auftraggeber entgegen zu halten, dass eine solche Bestätigung nicht vorweg in Zweifel zu ziehen ist.

Der Auftraggeber hingegen beschrieb in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung die Konsistenz der Tarnschminke des Antragstellers bei Raumtemperatur als "flüssig und daher schwer aufzutragen", bei +40°C "dünnflüssig und somit nicht mehr auf die Haut aufzutragen". In den vom Auftraggeber beauftragten Musterprüfungen, die von Frau F*** durchgeführt wurde, hingegen wird einmal der Zustand der Tarnschminke des Antragstellers bei +40°C als zu flüssig und daher das "Auftragen der Farbe als nicht hautabdeckend" beschrieben. In einer weiteren Darstellung wird von einer Verflüssigung bei +40°C, vom einem nicht mehr möglichen Auftragen auf der Haut und nicht gegebenen Hautabdeckung auf Grund der Konsistenz gesprochen. In der mündlichen Verhandlung wiederum führte Frau F*** aus, dass die Tarnschminke des Antragstellers bei +40°C noch auf der Haut auftragbar - wenn auch nicht hautabdeckend - gewesen sei.

Erst auf Grund der Demonstration des Angebotsmusters des Antragstellers in der mündlichen Verhandlung räumte der Auftraggeber ein, dass die Tarnschminke selbst bei erhöhter Raumtemperatur nicht flüssig sei und es sich bei der Feststellung des Auftraggebers, dass die Tarnschminke des Antragstellers bei Raumtemperatur flüssig sei, um eine falsche Wortwahl handle. Angesichts der oben dargestellten, einander widersprechenden Feststellungen des Auftraggebers zum Verhalten der Tarnschminke des Antragstellers bei den oben angegebenen Temperaturverhältnissen, der einmal bei +40°C die Tarnschminke des Antragstellers als auf die Haut auftragbar, dann wiederum als auf die Haut nicht auftragbar beschrieb, in Zusammenhalt mit den Angaben des Herstellers im Sicherheitsdatenblatt wäre vom Bundesvergabeamt zur Klärung des Temperaturverhaltens der Tarnschminke des Antragstellers ein Sachverständiger zu bestellen.

2.2. Angebotsmuster - RAL-F9-Farbcodes

Gestützt auf die Ergebnisse seiner Musterprüfung vertrat der Auftraggeber die Ansicht, dass der Antragsteller auszuschneiden gewesen wäre, da das vorgelegte Angebotsmuster des Antragstellers die oben genannten Ausschreibungsvorgaben zu den Farbcodes nicht erfülle.

Der Antragsteller bestritt die Ergebnisse der Musterprüfung und legte dazu in der mündlichen Verhandlung mehrere Schriftstücke vor. Auch wenn der Auftraggeber und der präsuntive Zuschlagsempfänger vorbrachten, dass sich die Anforderungen an die Tarnschminke des österreichischen Bundesheeres von jenen der deutschen Bundeswehr unterscheiden würden, so ist dem entgegenzuhalten, dass in der vom Antragsteller vorgelegten Bestätigung der E*** vom 27.11.2009 in den technischen Lieferbedingungen für Tarnschminke des deutschen Bundesamtes für Wehrtechnik und Beschaffung (Beilage./E) auf den Tarnschminkfarbton "Teerschwarz RAL 9021- F9" mehrmals Bezug genommen wird. Auch der präsuntive Zuschlagsempfänger stellte in der mündlichen Verhandlung fest, dass sich die Codierung "F9" auf den Farbton "Teerschwarz" beziehe.

Aus der vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Beilage ./F ergibt sich, dass die E***

Tarnschminke an die deutsche Bundeswehr lieferte

(Lieferschein). Darin scheint auch ein Güteprüfvermerkstempel "BWB 53" des deutschen Bundesamtes für Wehrtechnik und Beschaffung auf. Außerdem wurde vom Antragsteller eine mit 27.1.2010 datierte Bestätigung der E*** (Beilage ./B) vorgelegt, wonach Tarnschminke für das österreichische Bundesheer in der gleichen Qualität geliefert werde wie jene an die Deutsche Bundeswehr. In Zusammenhalt mit der Aussage des Antragstellers in der mündlichen Verhandlung, wonach der jeweilige Farbton keinen Einfluss auf die Qualität der Grundsubstanz habe, wäre daher vom Bundesvergabeamt ein Sachverständiger zu bestellen. Dieser hätte im Hinblick auf die Vorgaben der Ausschreibung zu den RAL-F9 Farbcodierungen zu klären, ob die Ergebnisse zur Musterprüfung des Auftraggebers zu den vom Antragsteller vorgelegten

Tarnschminkfarben zutreffen oder nicht.

2.3. Schlussfolgerung

Da - wie oben aufgezeigt - für die vom Antragsteller als Angebotsmuster vorgelegte Tarnschminke zur Klärung der Fragen zum Verhalten bei den vorgegebenen Temperaturbedingungen bzw der Entsprechung der RAL-Farbcodes die Beiziehung von Sachverständigen erforderlich wäre, dies aber dem Sicherungszweck der Bestimmung zur Antragslegitimation widersprechen würde, ist vom Vorliegen der Antragslegitimation des Antragstellers auszugehen.

3. Angebotsmuster - Gebinde

3.1. Vorgaben in der Ausschreibung

Die Bekanntmachung und die Ausschreibungsunterlagen sind mangels fristgerechter Bekämpfung bestandsfest geworden (vgl. VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; 1.10.2008, 2005/04/0204; Die Bekanntmachung und die Ausschreibungsunterlagen sind mangels fristgerechter Bekämpfung bestandsfest geworden vergleiche VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; 1.10.2008, 2005/04/0204;

25.6.2008, 2006/04/0116; 28.5.2008, 2007/04/0232, 0233;

27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056- BVA/04/2008-20; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.). Für deren Auslegung sind die für rechtsgeschäftliche Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056- BVA/04/2008-20; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.). Für deren Auslegung sind die für rechtsgeschäftliche Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu

interpretieren. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Teilnahmeantragsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen maßgeblich (vgl. VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112- BVA/14/2007-20; 10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21; 28.7.2006, N/0048- BVA/15/2006-28 u.v.a.). interpretieren. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Teilnahmeantragsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen maßgeblich vergleiche VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112- BVA/14/2007-20; 10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21; 28.7.2006, N/0048-BVA/15/2006-28 u.v.a.).

Sowohl die Bestimmungen zur Angebotseinholung als auch die Bestimmungen der TB, die allerdings - entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers - im nachfolgend genannten Punkt nicht als Muss-Forderung gekennzeichnet sind (Punkt 1.4.3 der TB), sehen die Vorlage eines Angebotsmusters mit Angebotslegung vor. Beide Bestimmungen decken sich weitgehend. Während die Bestimmungen zum Angebotsmuster in der Angebotseinholung im Vergleich zu jenen der TB darüber hinaus noch vorsehen, dass bei Nichtvorlage des geforderten Angebotsmusters das Angebot von der Vergabe ausgeschlossen werden kann, wird in der TB nur darauf hingewiesen, dass das Angebotsmuster zur Durchführung der erforderlichen Prüfung beizustellen ist.

Die Formulierung zum mit der Angebotslegung vorzulegenden Angebotsmuster ist hinsichtlich des Gebindes allerdings sowohl in den Unterlagen zur Angebotseinholung als auch in der TB unklar. Es wird in beiden Fällen das Gebinde für die als Angebotsmuster zu legenden 10 Stück Tarnschminke dreifärbig lediglich als "Kunststoffbehälter mit Spiegel" beschrieben. Diese Formulierung kann auch dahingehend interpretiert werden, dass der Auftraggeber offensichtlich bei der Prüfung des Angebotsmusters den Schwerpunkt auf die Qualität der Tarnschminke legen würde. Gemäß der Interpretationsbestimmung des ABGB in § 915 2. Fall ist eine unklare oder undeutliche Angabe zum Nachteil dessen auszulegen, der sich der undeutlichen Angabe bedient (vgl. BVA 19.5.2008, N/0045- BVA/10/2008-41; 21.5.2008, N/0044- BVA/09/2008-24; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20). Es kann daher auch nicht zu Lasten des Antragstellers gehen, dass er mit Angebotslegung als Angebotsmuster die Tarnschminke in einzelnen Kunststoffbehältern (Tiegel) und ein mit Innenspiegel versehenes Kunststoffschminkkästchen sowie ein Kunststoffschminkkästchen mit Beschriftung vorlegte. Schon unter diesem Aspekt hätte der Auftraggeber den Antragsteller hinsichtlich des Gebindes unter klarer Formulierung des Verbesserungsauftrages zur Verbesserung auffordern müssen. Die Formulierung zum mit der Angebotslegung vorzulegenden Angebotsmuster ist hinsichtlich des Gebindes allerdings sowohl in den Unterlagen zur

Angebotseinholung als auch in der TB unklar. Es wird in beiden Fällen das Gebinde für die als Angebotsmuster zu legenden 10 Stück Tarnschminke dreifärbig lediglich als "Kunststoffbehälter mit Spiegel" beschrieben. Diese Formulierung kann auch dahingehend interpretiert werden, dass der Auftraggeber offensichtlich bei der Prüfung des Angebotsmusters den Schwerpunkt auf die Qualität der Tarnschminke legen würde. Gemäß der Interpretationsbestimmung des ABGB in Paragraph 915, 2. Fall ist eine unklare oder undeutliche Angabe zum Nachteil dessen auszulegen, der sich der undeutlichen Angabe bedient vergleiche BVA 19.5.2008, N/0045- BVA/10/2008-41; 21.5.2008, N/0044-BVA/09/2008-24; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20). Es kann daher auch nicht zu Lasten des Antragstellers gehen, dass er mit Angebotslegung als Angebotsmuster die Tarnschminke in einzelnen Kunststoffbehältern (Tiegel) und ein mit Innenspiegel versehenes Kunststoffschminkkästchen sowie ein Kunststoffschminkkästchen mit Beschriftung vorlegte. Schon unter diesem Aspekt hätte der Auftraggeber den Antragsteller hinsichtlich des Gebindes unter klarer Formulierung des Verbesserungsauftrages zur Verbesserung auffordern müssen.

3.2. Verbesserungsfähiger Mangel

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Anbotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbar Mangel ist darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, ein Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet (vgl auch VwGH 30.9.2008, 2007/04/0017). Von einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Antragstellers gegenüber den anderen Bietern bei Einräumung der Verbesserungsmöglichkeit kann in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation nicht ausgegangen werden. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Anbotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbar Mangel ist darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, ein Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet vergleiche auch VwGH 30.9.2008, 2007/04/0017). Von einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Antragstellers gegenüber den anderen Bietern bei Einräumung der Verbesserungsmöglichkeit kann in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation nicht ausgegangen werden.

Der Antragsteller hat im August 2009 einen Vertrag mit seinem Lieferanten (E***) - damit vor Ende der Angebotsfrist am 2.9.2009 - über die Lieferung gemäß der "technischen Leistungsbeschreibung (TL) des österreichischen Bundesheeres" abgeschlossen. Dies ergibt sich aus dem vom Antragsteller vorgelegten, mit 21.8.2009 datierten Angebot der E***, welches auch in der mündlichen Verhandlung ohne Nennung des Angebotspreises verlesen wurde.

Nach Aussagen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung war für ihn nach Angebotsöffnung unklar, welches der vorgelegten Schminkkästchen des Antragstellers als

Angebotsmuster zu werten sei. Nach einem Gespräch mit D*** (Auftraggeber) legte der Antragsteller der Aufforderung des Auftraggebers folgend - wie sich aus der E-Mail-Mitteilung vom 15.9.2009 ergibt - unter anderem die Beschriftung für das Gebinde und für die Versandpackung, sowie die Anfertigung einer Werkzeichnung für das Gebinde und die ausgefüllte TB vor. Dass der Antragsteller der Aufforderung des Auftraggebers nicht nachgekommen wäre, wurde vom Auftraggeber nicht vorgebracht und ergibt sich auch nicht aus dem vom

Auftraggeber vorgelegten Vergabeakt.

Die vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vertretene Ansicht, im Hinblick auf das fehlende Spritzgusswerkzeug zum Angebotsöffnungszeitpunkt in Verbindung mit den bereits bekannten Angebotspreisen sei im Fall der Einräumung dieser Verbesserungsmöglichkeit für den Antragsteller von einer materiellen Verbesserung seiner Wettbewerbsstellung im Vergleich zu den anderen Bietern auszugehen, ist unzutreffend. Abgesehen von der oben dargestellten unklaren Formulierung hinsichtlich des als Gebinde vorzulegenden Angebotsmusters

stellt - entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers (siehe

dazu Ausführungen zu Spruchpunkt II.2.) in der mündlichen Verhandlung - der Angebotspreis auch kein Zuschlagskriterium dar. Der Antragsteller verfügt - wie oben dargestellt - über einen vor Angebotsöffnung abgeschlossenen Lieferantenvertrag, der weder vom Auftraggeber noch vom präsumtiven Zuschlagsempfänger bestritten wurde, und die bereits bekannten Angebotspreise der Bieter können im offenen Verfahren nicht abgeändert werden. dazu Ausführungen zu Spruchpunkt römisch zwei.2.) in der mündlichen Verhandlung - der Angebotspreis auch kein Zuschlagskriterium dar. Der Antragsteller verfügt - wie oben dargestellt - über einen vor Angebotsöffnung abgeschlossenen Lieferantenvertrag, der weder vom Auftraggeber noch vom präsumtiven Zuschlagsempfänger bestritten wurde, und die bereits bekannten Angebotspreise der Bieter können im offenen Verfahren nicht abgeändert werden.

Die nicht als Muss-Forderung gekennzeichnete Legung eines Angebotsmusters scheint zwar in der TB auf. Auch wenn die TB unter Punkt 1.2.2.1 (Allgemeines) eine 100% Punktevergabe mit einer höchst erreichbaren Punktezahl von 1000 Punkten vorsieht, so spielt diese Bestimmung für die Bewertung der in der Angebotseinholung genannten, ungewichteten Zuschlagskriterien 1. Erbringung der Leistung gemäß dem Leistungsverzeichnis (inkl. Lieferkonditionen) sowie 2. wirtschaftlich günstigstes Angebot, auf Grund derer der präsumtive Zuschlagsempfänger ermittelt werden soll (siehe dazu Spruchpunkt II.2), keine Rolle. Im Leistungsverzeichnis wird nur im Zusammenhang mit dem "Flammpunkt über 200°C" auf die TB Bezug genommen. Die nicht als Muss-Forderung gekennzeichnete Legung eines Angebotsmusters scheint zwar in der TB auf. Auch wenn die TB unter Punkt 1.2.2.1 (Allgemeines) eine 100% Punktevergabe mit einer höchst erreichbaren Punktezahl von 1000 Punkten vorsieht, so spielt diese Bestimmung für die Bewertung der in der Angebotseinholung genannten, ungewichteten Zuschlagskriterien 1. Erbringung der Leistung gemäß dem Leistungsverzeichnis (inkl. Lieferkonditionen) sowie 2. wirtschaftlich günstigstes Angebot, auf Grund derer der präsumtive Zuschlagsempfänger ermittelt werden soll (siehe dazu Spruchpunkt römisch zwei.2), keine Rolle. Im Leistungsverzeichnis wird nur im Zusammenhang mit dem "Flammpunkt über 200°C" auf die TB Bezug genommen.

Es kann auch kein Zusammenhang zwischen der genannten Bestimmung in Punkt 1.2.2.1 der TB und der Bewertung des erstgenannten Zuschlagskriteriums hergestellt werden. Im Vergleich zur Rubrik "Leistungsbeschreibung" im Leistungsverzeichnis sieht die TB nämlich für eine maximale Punktevergabe von 1000 Punkten mehr Forderungen vor, zu denen neben Muss-Forderungen auch Soll-Forderungen bzw sonstige Forderungen zählen. Die einzelnen Forderungen in der TB sind darüber hinaus nicht gewichtet.

3.3. Schlussfolgerung

Der Auftraggeber, der von einer nicht entsprechenden Angebotsmusterlegung des Antragstellers hinsichtlich des Gebindes ausging, hätte den Antragsteller diesbezüglich zu einer klaren Verbesserung seines Angebotsmusters einladen müssen. Von einer solchen Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit hat der Auftraggeber jedoch Abstand genommen. Die Legung eines Angebotsmusters hinsichtlich des Gebindes bei Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit durch den Auftraggeber hat der Antragsteller auch in der mündlichen Verhandlung nicht ausgeschlossen. Es ist daher vom Vorliegen der Antragslegitimation des Antragstellers hinsichtlich des in Form eines Gebindes zu legenden Angebotsmusters auszugehen.

IV. Zu Spruchpunkt II römisch vier. Zu Spruchpunkt römisch zwei

1. 1. Ziffer eins

Fehlende Begründung der Zuschlagsentscheidung

Nach der Judikatur des VwGH (VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081) normiert § 131 4. Satz BVerfG unmissverständlich, dass in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern näher bezeichnete Informationen, zu denen neben der Stillhaltefrist gemäß § 132 leg cit die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie

die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes zählen, bekannt zu geben sind. Ausnahmetatbestände für die Bekanntgabe dieser Informationen stellen nur ein entgegenstehendes öffentliches Interesse, ein Widerspruch zu den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen oder ein Schaden für den freien und lauten Wettbewerb dar. Ein Verstoß des Auftraggebers gegen diese Bekanntmachungspflicht hat eine objektiv rechtswidrige Auftraggeberentscheidung und eine Verletzung des Bieterrechts auf Bekanntmachung der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen zur Folge, zumal der Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen für die allfällige Einbringung eines Nachprüfungsantrages besitzen muss. Dem Bieter soll für eine allfällige Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung ausreichend Vorbereitungszeit eingeräumt werden, sodass die oben genannten Auftraggeberverpflichtungen zur Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung als Bringschuld letztlich den Zielen des § 19 Abs 1 BVergG dient. Führt die Begründung der Zuschlagsentscheidung dazu, dass dem Bieter für eine allfällige Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung keine ausreichenden Informationen zur Vorbereitung der Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages zur Verfügung stehen, ist auch der Tatbestand des wesentlichen Einflusses der Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs 1 Z 2 leg cit, der mit der Verletzung der vom Nachprüfungswerber geltend gemachten Rechte zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führt, gegeben. Nach der Judikatur des VfGH (VfGH 22.4.2009, 2009/04/0081) normiert Paragraph 131, 4. Satz BVergG unmissverständlich, dass in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern näher bezeichnete Informationen, zu denen neben der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, leg cit die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes zählen, bekannt zu geben sind. Ausnahmetatbestände für die Bekanntgabe dieser Informationen stellen nur ein entgegenstehendes öffentliches Interesse, ein Widerspruch zu den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen oder ein Schaden für den freien und lauten Wettbewerb dar. Ein Verstoß des Auftraggebers gegen diese Bekanntmachungspflicht hat eine objektiv rechtswidrige Auftraggeberentscheidung und eine Verletzung des Bieterrechts auf Bekanntmachung der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen zur Folge, zumal der Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen für die allfällige Einbringung eines Nachprüfungsantrages besitzen muss. Dem Bieter soll für eine allfällige Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung ausreichend Vorbereitungszeit eingeräumt werden, sodass die oben genannten Auftraggeberverpflichtungen zur Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung als Bringschuld letztlich den Zielen des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG dient. Führt die Begründung der Zuschlagsentscheidung dazu, dass dem Bieter für eine allfällige Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung keine ausreichenden Informationen zur Vorbereitung der Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages zur Verfügung stehen, ist auch der Tatbestand des wesentlichen Einflusses der Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, leg cit, der mit der Verletzung der vom Nachprüfungswerber geltend gemachten Rechte zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führt, gegeben.

Von einem Fehlen der Begründung in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung iSd obigen Ausführungen hinsichtlich der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ist im gegenständlichen Vergabeverfahren auszugehen. Wie sich aus der bestandfest gewordenen Bekanntmachung und den bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen (Angebotseinholung) ergibt, hat der Auftraggeber als Zuschlagsprinzip das Bestbieterprinzip (wirtschaftlich günstigstes Angebot) festgelegt. Hierzu hat er als Zuschlagskriterien in der "Angebotseinholung" 1. die Erbringung der Leistungen gemäß dem Leistungsverzeichnis (inkl. Lieferkonditionen) und 2. das wirtschaftlich günstigste Angebot festgelegt. Von diesem Zuschlagsprinzip ist der Auftraggeber auch in seinem 1. Schriftsatz vom 7.12.2009 ausgegangen. Wie sich sowohl aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VfGH 3.9.2008, 2004/04/0237 und 0238) als auch der Judikatur des EuGH [EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN AG)] ergibt, ist der Auftraggeber an sein gewähltes Zuschlagsprinzip und an die Zuschlagskriterien gebunden. Die nachträgliche Einführung eines neuen Zuschlagsprinzips im selben Vergabeverfahren ist ausgeschlossen. Ein Abweichen von einem festgelegten Zuschlagsprinzip und den Zuschlagskriterien ist daher unzulässig.

Der Auftraggeber hat in seiner Begründung für die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes lediglich den Gesamtpreis des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers bekannt gegeben. Ausführungen zu den Merkmalen und Vorteilen des Bestangebotes an Hand der festgelegten Zuschlagskriterien unterließ der Auftraggeber jedoch. Ein Grund für das Unterlassen der Begründung in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung iSd oben genannten Ausnahmetatbestandes ist weder für das Bundesvergabeamt ersichtlich, noch wurde ein solcher in der Zuschlagsentscheidung angeführt. Auch keiner der in § 131 Z 1 bis 8 BVergG aufgezählten Ausnahmetatbestände, die ein Abgehen von den obenDer Auftraggeber hat in seiner Begründung für die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen

Angebotes lediglich den Gesamtpreis des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers bekannt gegeben. Ausführungen zu den Merkmalen und Vorteilen des Bestangebotes an Hand der festgelegten Zuschlagskriterien unterließ der Auftraggeber jedoch. Ein Grund für das Unterlassen der Begründung in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung iSd oben genannten Ausnahmetatbestandes ist weder für das Bundesvergabeamt ersichtlich, noch wurde ein solcher in der Zuschlagsentscheidung angeführt. Auch keiner der in Paragraph 131, Ziffer eins bis 8 BVergG aufgezählten Ausnahmetatbestände, die ein Abgehen von den oben

dargestellten Verpflichtungen zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung im Sinne von § 131 Z 1 leg cit rechtfertigen würden, wird im gegenständlichendargestellten Verpflichtungen zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung im Sinne von Paragraph 131, Ziffer eins, leg cit rechtfertigen würden, wird im gegenständlichen

Vergabeverfahren, das als offenes Verfahren geführt wird, erfüllt.

Die Unterlassung dieser Begründungspflicht des Auftraggebers in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung ist auch als wesentlich iSv § 325 Abs 1 Z 2 leg cit einzustufen. Der Auftraggeber ist nicht seiner oben dargestellten Bringschuld nachgekommen, wodurch dem Antragsteller auf Grund der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation für eine Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung keine ausreichenden Informationen zur Vorbereitung der Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages zur Verfügung standen. Da der Antragsteller darüber hinaus dadurch in seinen geltend gemachten Rechten gemäß § 325 Abs 1 Z 1 leg cit verletzt ist, ist die Zuschlagsentscheidung bereits aus diesem Grund für nichtig zu erklären. Die Unterlassung dieser Begründungspflicht des Auftraggebers in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung ist auch als wesentlich iSv Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, leg cit einzustufen. Der Auftraggeber ist nicht seiner oben dargestellten Bringschuld nachgekommen, wodurch dem Antragsteller auf Grund der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation für eine Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung keine ausreichenden Informationen zur Vorbereitung der Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages zur Verfügung standen. Da der Antragsteller darüber hinaus dadurch in seinen geltend gemachten Rechten gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, leg cit verletzt ist, ist die Zuschlagsentscheidung bereits aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

1. 2. Ziffer 2

Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers an Hand der Zuschlagskriterien

Darüber hinaus ist auch für das Bundesvergabeamt nicht ersichtlich, warum der präsumtive Zuschlagsempfänger in der Zuschlagsentscheidung als Bestbieter nominiert wurde. Auf Grund der oben genannten Zuschlagskriterien ergibt sich weder auf Basis einer festgelegten Punktevergabe, noch lässt ein sonstiger Umstand aus dem dem Bundesvergabeamt vorgelegten Vergabeakt darauf schließen, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers an Hand der bestandfest gewordenen Zuschlagskriterien als 1. gereihter Bieter zu werten wäre.

Sofern der Auftraggeber entgegen seiner im ersten Schriftsatz vom 7.12.2009 vertretenen Meinung, wonach für die gegenständliche Vergabe das Bestbieterprinzip gelte, nunmehr erstmalig in seinem Schriftsatz vom 14.12.2009 sowie in der mündlichen Verhandlung vom für das Vergabeverfahren geltenden Billigstbieterprinzip spricht und auf diese Weise die angefochtene Zuschlagsentscheidung zu begründen versucht, so ist ihm - wie oben dargestellt - entgegenzuhalten, dass nach ständiger Judikatur des VwGH und des EuGH ein Abweichen von einem einmal festgelegten Zuschlagsprinzip und den Zuschlagskriterien unzulässig ist. Ein Austausch eines einmal festgelegten, bestandfest gewordenen Zuschlagsprinzips und der Zuschlagskriterien widerspricht den in § 19 Abs 1 BVergG festgelegten Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz. gegenständliche Vergabe das Bestbieterprinzip gelte, nunmehr erstmalig in seinem Schriftsatz vom 14.12.2009 sowie in der mündlichen Verhandlung vom für das Vergabeverfahren geltenden Billigstbieterprinzip spricht und auf diese Weise die angefochtene Zuschlagsentscheidung zu begründen versucht, so ist ihm - wie oben dargestellt - entgegenzuhalten, dass nach ständiger Judikatur des VwGH und des EuGH ein Abweichen von einem einmal festgelegten Zuschlagsprinzip und den Zuschlagskriterien unzulässig ist. Ein Austausch eines einmal festgelegten, bestandfest gewordenen Zuschlagsprinzips und der Zuschlagskriterien widerspricht den in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG festgelegten Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz.

Auch mit dieser aufgezeigten rechtswidrigen Vorgangsweise verletzt der Auftraggeber gemäß § 325 Abs 1 Z 1 leg cit die vom Antragsteller geltend gemachten Rechte. Da darüber hinaus die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss iSd § 325 Abs 1 Z 2 leg cit ist, ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung daher auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären. Auch mit dieser aufgezeigten

rechtswidrigen Vorgangsweise verletzt der Auftraggeber gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, leg cit die vom Antragsteller geltend gemachten Rechte. Da darüber hinaus die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss iSd Paragraph 325, Ab 1 Ziffer 2, leg cit ist, ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung daher auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

VI. Zu Spruchpunkt III. (Pauschalgebühr)römisch sechs. Zu Spruchpunkt römisch drei. (Pauschalgebühr)

Gemäß § 319 Abs 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. 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 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. 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 II. ergibt hat der Antragsteller obsiegt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 10.12.2009, N/0119- BVA/04/2009-EV9, stattgegeben. Da es sich darüberhinaus - wie oben dargestellt - um eine Vergabe eines Lieferauftrages im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich 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 insoweit stattzugeben, als der Auftraggeber dem Antragsteller Pauschalgebühren iHv € 1.200,00 zu ersetzen hat. Wie sich aus Spruchpunkt römisch zwei. ergibt hat der Antragsteller obsiegt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 10.12.2009, N/0119- BVA/04/2009-EV9, stattgegeben. Da es sich darüberhinaus - wie oben dargestellt - um eine Vergabe eines Lieferauftrages im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich handelt, ist dem diesbezüglichen Antrag gemäß Paragraph 319, leg cit, hinsichtlich des Ersatzes der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insoweit stattzugeben, als der Auftraggeber dem Antragsteller Pauschalgebühren iHv € 1.200,00 zu ersetzen hat.

Angemerkt wird in diesem Zusammenhang, dass die über diesen genannten Betrag hinausgehenden entrichteten Pauschalgebühren für eine Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich von Amts wegen zurückerstattet werden.

Zuletzt aktualisiert am

11.05.2010

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