

TE Verg Bescheid 2009/11/10 N/0109-BVA/08/2009-52

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.11.2009

Norm

BVergG 2006 §109 Abs1

BVergG 2006 §109 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1 Z2

1. BVergG 2006 § 109 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 109 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Mitglied der Auftraggeberseite Dr Walter Fuchs und Mitglied der Auftragnehmerseite Mag Alexander Piekniczek) gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 betreffend das Nachprüfungsverfahren N/0109-BVA/08/2009 bezüglich des Vergabeverfahrens Erbringung von Totalunternehmerleistungen (Planungsleistungen sowie Bauausführung und Bauüberwachung) für das Projekt "Neues Handhabungszentrum", Supplement zum ABl der [EU] v 20.12.2008, 2008/S 248-330619 der Auftraggeberin Nuclear Engineering Seibersdorf GmbH und der im bezeichneten Vergabeverfahren versandten Scoring- Entscheidung vom 29.9.2009 zu Lasten der Antragstellerin A*** und weiters über den Pauschalgebührenersatzantrag wie folgt entscheiden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Mitglied der Auftraggeberseite Dr Walter Fuchs und Mitglied der Auftragnehmerseite Mag Alexander Piekniczek) gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 betreffend das Nachprüfungsverfahren N/0109-BVA/08/2009 bezüglich des Vergabeverfahrens Erbringung von Totalunternehmerleistungen (Planungsleistungen sowie Bauausführung und Bauüberwachung) für das Projekt "Neues Handhabungszentrum", Supplement zum Amtsblatt der [EU] v 20.12.2008, 2008/S 248-330619 der Auftraggeberin Nuclear Engineering Seibersdorf GmbH und der im bezeichneten Vergabeverfahren versandten Scoring- Entscheidung vom 29.9.2009 zu Lasten der Antragstellerin A*** und weiters über den Pauschalgebührenersatzantrag wie folgt entscheiden:

Spruch

I. Der am 14.10.2009 beim Bundesvergabeamt protokollierte Antrag auf Nichtigerklärung der Scoring - Entscheidung vom 29.9.2009 wird zurückgewiesen.römisch eins. Der am 14.10.2009 beim Bundesvergabeamt protokollierte Antrag auf Nichtigerklärung der Scoring - Entscheidung vom 29.9.2009 wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86Rechtsgrundlage: Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86

II. Das Pauschalgebührenersatzbegehren, die Auftraggeberin jedenfalls zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verhalten, wird abgewiesen.römisch zwei. Das Pauschalgebührenersatzbegehren, die Auftraggeberin jedenfalls zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verhalten, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86

Begründung

1. Sachverhalt und Verfahrensgang

1.1. Die Auftraggeberin Nuclear Engineering Seibersdorf GmbH, eine 100%-ige Tochter des Austrian Institute of Technologie, führt ua im Auftrag der Republik Österreich die Sammlung, Aufbereitung, Konditionierung und Lagerung radioaktiver Abfälle durch.

Die Auftraggeberin schrieb im Dezember 2008 die Planung, Errichtung und Bauüberwachung betreffend das Neue Handhabungszentrum (= NES) aus, wobei insbesondere auch gewisse Baumaßnahmen iZm Strahlenschutzaspekten vergabegegenständlich sind.

Das Vergabeverfahren wird als Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt. Nach der ersten Stufe des Vergabeverfahrens mit der Bewerberauswahl fand in der zweiten Stufe eine Erstangebotslegung statt, wobei nach einer Verhandlungsrunde eine Zweit- und Letztangebotsrunde auf Basis der Ausschreibungsunterlagen in einer zweiten Fassung durchgeführt wurde. Nach der Zweitangebotslegung gab die Auftraggeberin der Antragstellerin am 29.9.2009 mit der hier angefochtenen Scoring - Entscheidung gemäß Punkt 1.6 des ersten Unterlagenkonvoluts der Ausschreibungsunterlagen, 2. Fassung, bekannt, dass ein anderer Bieter nach Bestbieterermittlung für die exklusiven Endverhandlungen ausgewählt worden wäre.

1.2. In den umfangreichen Ausschreibungs- sprich: Angebotsunterlagen der zweiten Fassung finden sich auf den Seiten 2, 3 und 29 bis 32 des iZm dem Scoring - Verfahren bereits genannten ersten (Unterlagen-) Konvoluts "Ausschreibungsunterlagen 2. Fassung TU - Ausschreibung" im Gesamtumfang von 32 Seiten insbesondere vergabeverfahrensbezügliche Regelungen mit umfangreichen Hinweisen auf sonstige allenfalls notwendige bzw sonst existente Ausschreibungs- bzw Angebotsteile; auf den Seiten 29 bis 32 sind derart etliche weitere Angebots- bzw nachmalig vertragskonstitutive Unterlagen aufgelistet, wobei diese weiteren Unterlagen als Beilagen bezeichnet werden. Diese 32 Seiten werden im Folgenden mangels anderer Angabe als "Ausschreibung" bzw als "erstes Unterlagenkonvolut" bezeichnet.

1.2.1. Die Beilage ./ II.C stellt das Leistungsverzeichnis - Amtsentwurf dar; in der Beilage ./ II.C.3 finden sich Vorgaben für die Bauleistung und Haustechnik; in der Beilage ./ II.C.4 sind weitere Beilagen zum Leistungsverzeichnis enthalten; und schließlich in der weiteren Beilage ./ II.D das Leistungsverzeichnis für die auftraggeberseits vorgesehene Ausschreibungsvariante.1.2.1. Die Beilage ./ römisch zwei.C stellt das Leistungsverzeichnis - Amtsentwurf dar; in der Beilage ./ römisch zwei.C.3 finden sich Vorgaben für die Bauleistung und Haustechnik; in der Beilage ./ römisch zwei.C.4 sind weitere Beilagen zum Leistungsverzeichnis enthalten; und schließlich in der weiteren Beilage ./ römisch zwei.D das Leistungsverzeichnis für die auftraggeberseits vorgesehene Ausschreibungsvariante.

1.2.2. Bei den Planunterlagen der Ausschreibung interessiert im Folgenden vor allem aus dem Planbeilagenkonvolut IV.A. der Plan NES_NHZ_Bau_EG_AU2_(a) vom 2009-08-03, der zur Beurteilung iZm der Einheitspreisangabe der Antragstellerin in ihrem Zweitangebot betreffend Barytbeton steht. Dieser Plan ist insbesondere in der auftraggeberinnenseits vorgelegten CD - ROM "AU - 2. Fassung" ersichtlich und wurde in der Verhandlung am 4.11.2009 betreffend die dort lila ersichtlichen Barytbetonwände eingesehen.1.2.2. Bei den Planunterlagen der Ausschreibung interessiert im Folgenden vor allem aus dem Planbeilagenkonvolut römisch vier.A. der Plan NES_NHZ_Bau_EG_AU2_(a) vom 2009-08-03, der zur Beurteilung iZm der Einheitspreisangabe der Antragstellerin in

ihrem Zweitangebot betreffend Barytbeton steht. Dieser Plan ist insbesondere in der auftraggeberinnenseits vorgelegten CD - ROM "AU - 2. Fassung" ersichtlich und wurde in der Verhandlung am 4.11.2009 betreffend die dort lila ersichtlichen Barytbetonwände eingesehen.

Unstrittig waren beim zu errichtenden Bauwerk zwei Wände in der Stärke von 50 cm aus Barytbeton planlich vorgegeben; eine solche Wand im Bereich "Gang/Mehrzweckhalle" und eine weitere solche Wand im Bereich "Lagerung". Im ersten Unterlagenkonvolut ist ua dieser genannte Plan in Punkt 01. b. als Angebotsgrundlage definiert.

1.2.3. ZB auch auf den Seiten 9 und 10 des Raumbuchs für das zu errichtende Bauwerk, Beilage ./ II.B, finden sich Ausschreibungserfordernisse für einen Gang - FD-1c - Gang. Bei diesem Gang, der wie bereits ausgeführt durch Planeinschau verhandlungsgegenständlich war, findet sich für eine Wand bei diesem Gang die Errichtungsanforderung von einerseits 50 cm Wanddicke und von andererseits einer Höhe von 3 Metern als Ausschreibungserfordernis.1.2.3. ZB auch auf den Seiten 9 und 10 des Raumbuchs für das zu errichtende Bauwerk, Beilage ./ römisch zwei.B, finden sich Ausschreibungserfordernisse für einen Gang - FD-1c - Gang. Bei diesem Gang, der wie bereits ausgeführt durch Planeinschau verhandlungsgegenständlich war, findet sich für eine Wand bei diesem Gang die Errichtungsanforderung von einerseits 50 cm Wanddicke und von andererseits einer Höhe von 3 Metern als Ausschreibungserfordernis.

Im ersten Unterlagenkonvolut ist ua auch dieses Raumbuch in Punkt 0.1 b. als Angebotsgrundlage definiert.

Bei einer Wandstärke von 50 cm benötigt man bei zweiseitiger Schalung unstrittig mindestens 4 m² Schalung pro m³ Barytbetonwand, ohne dass insoweit hier die allfällig zusätzlich erforderliche Schalung am Wandende näher zu erörtern wäre.

1.2.4. Die Beilage ./ VIII.C, ein weiteres Konvolut über 13 Seiten, ist als Einzelpreisblatt definiert. In diesem Einzelpreisblatt werden den Bietern Einheitspreise für wesentliche Bauleistungen bzw für wesentliche Leistungen der Technischen Gebäudeausstattung jeweils inkl Nebenleistungen abverlangt.1.2.4. Die Beilage ./ römisch acht.C, ein weiteres Konvolut über 13 Seiten, ist als Einzelpreisblatt definiert. In diesem Einzelpreisblatt werden den Bietern Einheitspreise für wesentliche Bauleistungen bzw für wesentliche Leistungen der Technischen Gebäudeausstattung jeweils inkl Nebenleistungen abverlangt.

1.2.5. Im Einzelpreisblatt VIII.C ist insb auch eine Einheitspreisangabe je zu verwendendem Kubikmeter Barytbeton inkl Schalung verlangt.1.2.5. Im Einzelpreisblatt römisch acht.C ist insb auch eine Einheitspreisangabe je zu verwendendem Kubikmeter Barytbeton inkl Schalung verlangt.

1.2.6. Die Beilage ./ VIII.D beinhaltet Bieterlückenblätter im Umfang von 13 Seiten.

Auf der Seite 2 von 13 dieser Bieterlückenblätter ist ua die Ausschreibungsvorgabe enthalten, dass sämtliche einzubauende Materialien vor Bestellung unaufgefordert der Auftraggeberin bzw deren Vertreter zur Bemusterung vorzulegen und genehmigen zu lassen sind. Sofern andere als die angegebenen Fabrikate bzw Typen verwendet werden, müssen diese technisch und formal gleichwertig sein und sind von der Auftraggeberin eben zu genehmigen.

1.3. Gemäß Punkt 0.1 des ersten Unterlagenkonvoluts erklärte auch die Antragstellerin, dass ihrem - bei der Bewertung für die hier angefochtene Scoring - Entscheidung relevanten - Zweitangebot primär die Bietererklärungen gemäß Punkt 0.1 bis 0.6 des ersten Unterlagenkonvoluts zu Grunde liegen, danach die Ausschreibungsunterlagen 2. Fassung (= Ausschreibungsbedingungen samt den Beilagen ./ I bis VII; schließlich auszufüllende Unterlagen gemäß Beilage ./ VIII; allfällige Fragebeantwortungen zu den Ausschreibungsunterlagen 2. Fassung; die 1. Fragebeantwortung zu den Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung (samt Beilagen ./ 1 bis ./3; die Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung (Ausschreibungsbestimmungen samt Beilagen ./ 1 I bis ./ VIII); und schließlich die Teilnahmeunterlagen.1.3. Gemäß Punkt 0.1 des ersten Unterlagenkonvoluts erklärte auch die Antragstellerin, dass ihrem - bei der Bewertung für die hier angefochtene Scoring - Entscheidung relevanten - Zweitangebot primär die Bietererklärungen gemäß Punkt 0.1 bis 0.6 des ersten Unterlagenkonvoluts zu Grunde liegen, danach die Ausschreibungsunterlagen 2. Fassung (= Ausschreibungsbedingungen samt den Beilagen ./ römisch eins bis römisch sieben; schließlich auszufüllende Unterlagen gemäß Beilage ./ römisch acht; allfällige Fragebeantwortungen zu den Ausschreibungsunterlagen 2. Fassung; die 1. Fragebeantwortung zu den Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung (samt Beilagen ./ 1 bis ./3; die Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung (Ausschreibungsbestimmungen samt Beilagen ./ 1 römisch eins bis ./ römisch acht); und schließlich die Teilnahmeunterlagen.

1.4. In Punkt 1.6. dieses Unterlagenkonvoluts ist der Vergabeverfahrensverlauf dahin festgelegt, dass nach der

Zweitangebotslegung eine vorläufige Bestbieterauswahl getroffen wird und mit dem derart ermittelten vorläufigen Bestbieter vorerst exklusive Endverhandlungen geführt werden. Die Auftraggeberin teilte der Antragstellerin am 29.9.2009 mit, dass die Antragstellerin auf Grund geringerer Bewertungspunkte nicht für die derart vorgesehenen exklusiven Endverhandlungen eingeladen wird. Die - bislang nicht formell ausgeschiedene - Antragstellerin focht diese Scoring - Entscheidung mit einem am 14.10.2009 beim Bundesvergabeamt protokollierten Nachprüfungsantrag an.

1.5. In Punkt 11. der Teil der Angebotserklärung bildenden Teilnahmeantragsunterlagen ist festgeschrieben, dass alle Teile der Leistung im Teilnahmeantrag bekannt zu geben sind, hinsichtlich derer ein Teilnehmer einen Subunternehmer zum Nachweis seiner Befugnis oder aber Leistungsfähigkeit benötigt. Im Falle eines solchen erforderlichen Subunternehmers hatte der Bewerber den Namen und den Leistungsteil des einzusetzen vorgesehenen Subunternehmers bereits im Teilnahmeantrag bekannt zu geben.

1.5.1. In der Beilage ./ 6 zum Teilnahmeantrag benannte die Antragstellerin als technisches Schlüsselpersonal und Projektleiter für die technische Gebäudeausrüstung einen Herrn DI St***. Als "Arbeitgeber" dieses DI St*** wurde "V***" benannt, wobei als dessen Beschäftigungsverhältnis "Werkvertrag" angegeben wurde. Dieser Herr DI St*** ist ausweislich eines dem Teilnahmeantrag beigeschlossenen Firmenbuchauszugs der V***, Ingenieure, Ziviltechniker für Bauwesen und Verfahrenstechnik Ges.m.b.H., FN xxxxxxi, Geschäftsführer der letztgenannten GmbH und gleichzeitig an dieser mit 360 Euro am Stammkapital dieser GmbH beteiligt, wobei das Stammkapital dieser GmbH über 36.000 Euro beträgt, so dass das deklarierte Werkvertragsverhältnis laut Beilage ./ 6 zum Teilnahmeantrag im Lichte des § 25 EStG iVm § 4 Abs 4 ASVG auf Basis dieser Aktenlage des Vergabeverfahrens iZm der Beilage ./ 9 zum Teilnahmeantrag zum Thema der mündlichen Verhandlung am 4.11.2009 wurde. 1.5.1. In der Beilage ./ 6 zum Teilnahmeantrag benannte die Antragstellerin als technisches Schlüsselpersonal und Projektleiter für die technische Gebäudeausrüstung einen Herrn DI St***. Als "Arbeitgeber" dieses DI St*** wurde "V***" benannt, wobei als dessen Beschäftigungsverhältnis "Werkvertrag" angegeben wurde. Dieser Herr DI St*** ist ausweislich eines dem Teilnahmeantrag beigeschlossenen Firmenbuchauszugs der V***, Ingenieure, Ziviltechniker für Bauwesen und Verfahrenstechnik Ges.m.b.H., FN xxxxxxi, Geschäftsführer der letztgenannten GmbH und gleichzeitig an dieser mit 360 Euro am Stammkapital dieser GmbH beteiligt, wobei das Stammkapital dieser GmbH über 36.000 Euro beträgt, so dass das deklarierte Werkvertragsverhältnis laut Beilage ./ 6 zum Teilnahmeantrag im Lichte des Paragraph 25, EStG in Verbindung mit Paragraph 4, Absatz 4, ASVG auf Basis dieser Aktenlage des Vergabeverfahrens iZm der Beilage ./ 9 zum Teilnahmeantrag zum Thema der mündlichen Verhandlung am 4.11.2009 wurde.

1.5.2. In der Beilage ./9 zum Teilnahmeantrag war (nur) eine "V*** GesmbH" mit einer Adresse in 1190 Wien als Subunternehmerin benannt, die auf Basis des bereits genannten Firmenbuchauszugs und einer weiteren "Subunternehmererklärung", Beilage ./ 10 zum Teilnahmeantrag, sowie der Diskussionen in der mündlichen Verhandlung unstrittig als "Arbeitgeberin" bzw "Werkvertragsauftraggeberin" des DI St*** erschien.

1.5.3. Die vertragliche Einbindung des DI St*** in das Erfüllungsprogramm der Antragstellerin bei dieser Vergabe wurde mit der Antragstellerin in der Verhandlung am 4.11.2009 vor dem Hintergrund der insoweit fraglichen Vollständigkeit des Teilnahmeantrags hinsichtlich notwendiger Subunternehmer und alternativ vor dem Hintergrund des § 84 Abs 2 BVergG 2006 auf Tatsachenebene erörtert. Die Antragstellerin behauptete insoweit weiterhin einen Werkvertrag zwischen DI St*** und der genannten Ziviltechnikergesellschaft als existent, was einerseits insbesondere im Lichte der §§ 21ff BAO und 539a ASVG iVm insbesondere zB einer vom Firmenbuch abweichenden wirtschaftlichen Stammkapitalbeteiligung denkmöglich ist und andererseits von der Auftraggeberin nicht weiter substantiiert bestritten wurde - § 313 Abs 2 BVergG 2006. 1.5.3. Die vertragliche Einbindung des DI St*** in das Erfüllungsprogramm der Antragstellerin bei dieser Vergabe wurde mit der Antragstellerin in der Verhandlung am 4.11.2009 vor dem Hintergrund der insoweit fraglichen Vollständigkeit des Teilnahmeantrags hinsichtlich notwendiger Subunternehmer und alternativ vor dem Hintergrund des Paragraph 84, Absatz 2, BVergG 2006 auf Tatsachenebene erörtert. Die Antragstellerin behauptete insoweit weiterhin einen Werkvertrag zwischen DI St*** und der genannten Ziviltechnikergesellschaft als existent, was einerseits insbesondere im Lichte der Paragraphen 21 f, f, BAO und 539a ASVG in Verbindung mit insbesondere zB einer vom Firmenbuch abweichenden wirtschaftlichen Stammkapitalbeteiligung denkmöglich ist und andererseits von der Auftraggeberin nicht weiter substantiiert bestritten wurde - Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006.

1.6. Punkt 0.1 des ersten Unterlagenkonvoluts mit seiner Festschreibung der Angebotsbestandteile legt auf der Seite 3 von 32 ua auch fest, dass bei einem ausschreibungskonformen Angebot der vorgegebene Text der

Ausschreibungsunterlagen mangels ausdrücklicher Zulässigerklärung im Einzelfall weder geändert noch ergänzt werden darf.

In diesem Punkt 0.1. der Ausschreibung werden weiters - wie bereits erwähnt - Unterlagen insbesondere auch gemäß einer Beilage ./ VIII als Angebotsbestandteil definiert. In diesem Punkt 0.1. der Ausschreibung werden weiters - wie bereits erwähnt - Unterlagen insbesondere auch gemäß einer Beilage ./ römisch acht als Angebotsbestandteil definiert.

1.6.1. Mit Punkt 1.18. der Ausschreibung hat die Auftraggeberin das zB in § 106 Abs 6 BVergG 2006 thematisierte Ordnungsproblem eindeutig dahin gelöst, dass eine Pflicht für den Bieter besteht, bei nach seiner Ansicht vorliegenden Unklarheiten oder aber diesbezüglich mehreren Auslegungsmöglichkeiten die Auftraggeberin vor der Angebotsabgabe zwecks diesbezüglicher Klärung zu kontaktieren. Im gleichen Punkt wird dem Bieter eine Prüfpflicht der Ausschreibungsunterlagen auferlegt; und bestätigt der Bieter mit der Angebotsabgabe, dass die Leistungen in den Ausschreibungsunterlagen vollständig beschrieben sind und dass keine Teilleistungen fehlen. Nach Vertragsabschluss würde die für den Auftraggeber günstigere Auslegung gelten. 1.6.1. Mit Punkt 1.18. der Ausschreibung hat die Auftraggeberin das zB in Paragraph 106, Absatz 6, BVergG 2006 thematisierte Ordnungsproblem eindeutig dahin gelöst, dass eine Pflicht für den Bieter besteht, bei nach seiner Ansicht vorliegenden Unklarheiten oder aber diesbezüglich mehreren Auslegungsmöglichkeiten die Auftraggeberin vor der Angebotsabgabe zwecks diesbezüglicher Klärung zu kontaktieren. Im gleichen Punkt wird dem Bieter eine Prüfpflicht der Ausschreibungsunterlagen auferlegt; und bestätigt der Bieter mit der Angebotsabgabe, dass die Leistungen in den Ausschreibungsunterlagen vollständig beschrieben sind und dass keine Teilleistungen fehlen. Nach Vertragsabschluss würde die für den Auftraggeber günstigere Auslegung gelten.

1.6.2. Gemäß Punkt 1.19 der Ausschreibungsunterlagen in der 2. Fassung hatte der Bieter der Auftraggeberin die sich bei seiner Prüfung ergebenden Widersprüche, sonstige Unklarheiten oder aber potentielle Vergabeverstöße in den Ausschreibungsunterlagen der Auftraggeberin umgehend mitzuteilen. Aufbauend auf dieser Mitteilungspflicht ist danach weiteres festgelegt, dass der Bieter mit der Angebotsabgabe die Gesetzmäßigkeit und Eindeutigkeit der Ausschreibungsbestimmungen bestätigt.

1.6.3. Zusammenfassend hat die Auftraggeberin daher mit den Punkten 0.1, 1.18 und 1.19 der Ausschreibung einerseits die grundsätzliche Unabänderbarkeit der Angebotsunterlagen durch den Bieter festgelegt, und andererseits das in § 915 ABGB grundsätzlich geregelte Unklarheitenrisiko der Angebotsunterlagen im Wesentlichen auf den Bieter überwältzt, was notorisch auch iZm dem Nachtragsforderungsmanagement im Bauwesen zu sehen ist. 1.6.3. Zusammenfassend hat die Auftraggeberin daher mit den Punkten 0.1, 1.18 und 1.19 der Ausschreibung einerseits die grundsätzliche Unabänderbarkeit der Angebotsunterlagen durch den Bieter festgelegt, und andererseits das in Paragraph 915, ABGB grundsätzlich geregelte Unklarheitenrisiko der Angebotsunterlagen im Wesentlichen auf den Bieter überwältzt, was notorisch auch iZm dem Nachtragsforderungsmanagement im Bauwesen zu sehen ist.

1.7. In der Ausschreibung ist - wiederholend - in der Beilage VIII. C zur selben ein vom Bieter auszufüllendes Einzelpreisblatt im Umfang von 13 Seiten enthalten. 1.7. In der Ausschreibung ist - wiederholend - in der Beilage römisch acht. C zur selben ein vom Bieter auszufüllendes Einzelpreisblatt im Umfang von 13 Seiten enthalten.

1.7.1. Auf der Seite 3 dieses Einzelpreisblattes, betreffend Einheitspreise für wesentliche Bauleistungen, hatte die Auftraggeberin in einer Zeile den Einheitspreis für Barytbeton inkl Schalung abgefragt und dabei eine Angabe des Einheitspreises pro Kubikmeter verlangt, maW wie folgt:

Barytbeton inkl Schalung Eurom3.

Diesbezüglich sei angemerkt, dass Baryt synonym als Bariumsulfat benannt ist, und dass Baryt durch die Beimengung in Beton eine entsprechend strahlendurchlässigkeithemmende Wirkung zeitigt, so dass Barytbeton alternativ zu Bleiwänden oder aber Stahlwänden aus Strahlenschutz Zwecken im Bauwesen verwendet wird, wie in dieser Vergabe ersichtlich.

1.7.2. Die Antragstellerin gab in ihrem Zweitangebot den Einheitspreis pro Kubikmeter Barytbeton inkl Schalung bei der diesbezüglich existenten Bieterlücke wie folgt an:

"Euro x.xxx,00/m3 inkl 3 m2 Schalung"

Die Antragstellerin inkludierte also in ihrem Angebot (nur) 3 m2 Schalung in ihren hier abgefragten Einheitspreis, während das - gemäß Punkt 0.1. unabänderliche - Einzelpreisblatt hier einen Einheitspreis ohne

Quadratmeterbegrenzung hinsichtlich der Schalung verlangte; maW nur eine Preisangabe abfragte.

Der Zusatz "inkl. 3m2 Schalung" wurde dabei handschriftlich außerhalb einer Bieterlücke hinzugefügt.

Der angebotsverantwortliche Zeuge Ing H*** gab am 4.11.2009 insoweit aus der Sphäre der Antragstellerin zu Protokoll, dass nach dem Erstangebot in der Verhandlungsrunde der diesbezüglich relativ hohe Preis im Erstangebot der Antragstellerin hinterfragt worden wäre. Die Beifügung "inkl. 3 m2 Schalung" hätte der Präzisierung gedient.

Die diesbezügliche Einvernahme der Zeugen Ing H***, dem Angebotsverantwortlichen der Antragstellerin, des Herrn DI (FH) Z*** als einem weiteren Mitarbeiter der Antragstellerin und des Herrn Ing W***, dem technischen Berater der Auftraggeberin bei dieser Vergabe, in der mündlichen Verhandlung am 4.11.2009 bestätigte insbesondere das vorstehende Beweisergebnis.

1.7.3. Unstrittig zwischen den Streitteilen sieht die Seite 76/93 des Leistungsverzeichnisses zum Amtsentwurf, der sich insoweit nicht von der Variantenausschreibung der Auftraggeberin unterscheidet, vor, dass bei einem Raum mit der Bezeichnung "Heiße Zelle" eine minimale Abschirmung von 20 Halbwärtsschichtdicken gefordert ist, was einer Bleiwand in der Dicke von 30 cm, einer Stahlwand in der Dicke von 50 cm oder aber einer Barytbetonwand in der Dicke von 100 cm entspricht.

Der technische Berater der Auftraggeberin Ing W*** und der Angebotsverantwortliche der Antragstellerin Ing H*** gaben betreffend die diesbezüglichen Ausführungserfordernisse bei der "heißen Zelle" am 4.11.2009 in der Verhandlung übereinstimmend und nachmalig unstrittig an, dass nach deren Verständnis der Ausschreibung eben nur zwingend die Abschirmung mit den oben gerade genannten Wandmaterialien (Barytbeton, Blei oder Stahl) in den jeweils genannten Stärken verlangt ist, jedoch gerade nicht die Ausführung der fraglichen Wände in einem bestimmten Material. Insoweit fand ob der insoweit gegebenen Tatsachenübereinstimmung - siehe zB Seite 5 der Verhandlungsniederschrift - keine weitere Erörterung der Ausschreibungsvorgaben betreffend die die Abschirmung der heißen Zelle mit einer Barytbetonwand von einem Meter in verlorener Stahlschalung oder anderen strahlendurchlässigkeithemmenden Materialien statt.

1.7.4. Der Angebotsverantwortliche der Antragstellerin Ing H*** gab am 4.11.2009 zusätzlich zu Protokoll, dass seitens der Antragstellerin Barytbeton bei den - in der Verhandlung eingesehenen Plan - in lila Farbe ersichtlichen Strahlenschutzwänden im Bereich der "heißen Zelle", im Bereich des "Gangs/Mehrzweckhalle" und im Bereich der "Lagerung" als Wandmaterial Barytbeton angeboten worden ist; die Antragstellerin selbst könnte jedoch auch erst nach dem Zweitangebot noch immer jenes Wandmaterial wählen, mit dem sie die fraglichen Strahlenschutzwände ausführen würde.

Eine Ausschreibungspassage betreffend das Wahlrecht für das Wandmaterial für die Strahlenschutzwände im Bereich des "Gangs/Mehrzweckhalle" oder aber im Bereich der "Lagerung" wurde diesbezüglich aber im Verfahren nicht benannt. Im amtswegig eingesehenen und der Antragstellerin als bekannt vorauszusetzenden Raumbuch, Beilage II.B zur Ausschreibung, findet sich - wie oben bereits festgestellt - zB für die Strahlenschutzwand im Bereich "Gang/Mehrzweckhalle" auf der Seite 10/62 das Errichtungserfordernis einer Barytbetonwand von 50 cm ohne jegliches Wahlrecht. Eine Ausschreibungspassage betreffend das Wahlrecht für das Wandmaterial für die Strahlenschutzwände im Bereich des "Gangs/Mehrzweckhalle" oder aber im Bereich der "Lagerung" wurde diesbezüglich aber im Verfahren nicht benannt. Im amtswegig eingesehenen und der Antragstellerin als bekannt vorauszusetzenden Raumbuch, Beilage römisch zwei.B zur Ausschreibung, findet sich - wie oben bereits festgestellt - zB für die Strahlenschutzwand im Bereich "Gang/Mehrzweckhalle" auf der Seite 10/62 das Errichtungserfordernis einer Barytbetonwand von 50 cm ohne jegliches Wahlrecht.

1.7.4. Der Zeuge Ing H*** legte - wie bereits erwähnt - die auch vor dem Hintergrund des § 109 BvergG 2006 zu bewertende Auffassung dar, dass es der Antragstellerin nach der Zweitangebotsabgabe noch immer freigestanden wäre, festzulegen, ob die Antragstellerin die in den Ausschreibungsplänen für die Legung des Zweitangebots geforderte Strahlenschutzdämmung entsprechend 50 cm Barytbeton alternativ durch Verwendung von Bleiwänden oder aber Stahlwänden erreicht; im Angebot wäre hier noch keine zwingende Angabe zu machen gewesen. Im Angebot der Antragstellerin wäre reiner Barytbeton zumindest hinsichtlich der fraglichen Wände im Umfang von 50 cm im Bereich "Gang/Mehrzweckhalle" bzw im Bereich "Lagerung" angeboten gewesen. 1.7.4. Der Zeuge Ing H*** legte - wie bereits erwähnt - die auch vor dem Hintergrund des Paragraph 109, BvergG 2006 zu bewertende Auffassung dar, dass

es der Antragstellerin nach der Zweitangebotsabgabe noch immer freigestanden wäre, festzulegen, ob die Antragstellerin die in den Ausschreibungsplänen für die Legung des Zweitangebots geforderte Strahlenschutzdämmung entsprechend 50 cm Barytbeton alternativ durch Verwendung von Bleiwänden oder aber Stahlwänden erreicht; im Angebot wäre hier noch keine zwingende Angabe zu machen gewesen. Im Angebot der Antragstellerin wäre reiner Barytbeton zumindest hinsichtlich der fraglichen Wände im Umfang von 50 cm im Bereich "Gang/Mehrzweckhalle" bzw im Bereich "Lagerung" angeboten gewesen.

Es hätte keine Bieterlücken oder aber Planerfordernisse gegeben, die bereits bei Angebotslegung zur Angabe verpflichtet hätten, welche Wandmaterialien seitens der Antragstellerin bei den drei erörterten Strahlenschutzwandbereichen (Heiße Zelle; Gang/Mehrzweckhalle; Lagerung) im Auftragsfall verwendet werden würden.

1.7.5. Mit Punkt 0.1 ihres Zweitangebot, Seite 3 von 32, hat die Antragstellerin allerdings anerkannt, dass insbesondere die in Punkt 01. der Ausschreibung bereits erwähnten Unterlagen und Erklärungen dem Angebot zu Grunde liegen, maW also selbst anerkannt, dass diese Aufzählung nicht abschließend ist. Gemäß Punkt 0.2 der 2. Fassung der Ausschreibungsunterlagen, Seite 3/32, bilden - zusätzlich ausdrücklich nochmals erwähnt - das Einzelpreisblatt gemäß der Beilage VIII. C und die Bieterlückenblätter gemäß der Beilage VIII.D einen integrierenden Angebotsbestandteil. 1.7.5. Mit Punkt 0.1 ihres Zweitangebot, Seite 3 von 32, hat die Antragstellerin allerdings anerkannt, dass insbesondere die in Punkt 01. der Ausschreibung bereits erwähnten Unterlagen und Erklärungen dem Angebot zu Grunde liegen, maW also selbst anerkannt, dass diese Aufzählung nicht abschließend ist. Gemäß Punkt 0.2 der 2. Fassung der Ausschreibungsunterlagen, Seite 3/32, bilden - zusätzlich ausdrücklich nochmals erwähnt - das Einzelpreisblatt gemäß der Beilage römisch acht. C und die Bieterlückenblätter gemäß der Beilage römisch acht.D einen integrierenden Angebotsbestandteil.

Die erforderliche Wandstärke bei zwei Wänden im Bereich "Lagerung" und im Bereich "Gang/Mehrzweckhalle" für eine Strahlendämmung mit einer 50 cm dicken Barytbetonwand ergibt sich, wie bereits festgestellt, insbesondere auch aus dem einen Ausschreibungsbestandteil bildenden Plan NES_NHZ_Bau_EG_AU2_(a) Stand:

3.8.2009.

1.7.6. Die Antragstellerin hat - laut unbestrittener Aussage des Herrn Ing H*** - bis zur Abgabe ihres Zweitangebots keine Angebotserklärungen gegenüber der Auftraggeberin formuliert, die ohne vernünftigen Grund, zu zweifeln, ergeben würden, dass die Antragstellerin die zwei Wände mit einer planlich eingezeichneten Dicke von 50 cm, die sich unstrittig im Bereich "Lagerung" und im Bereich "Gang/Mehrzweckhalle" befinden, nicht in Barytbeton ausführen würde.

1.8. Die Antragstellerin hat im Einzelpreisblatt bei der Einheitspreisangabe für "Steinwollisolierungen inkl Mantel" den handschriftlichen Zusatz in Bezug auf den Isolierungsmantel angebracht: "Alublech"; maW wurde insoweit die Ausschreibung nach Angebotslegung ergänzt, obwohl nach den Punkten 1.18 und 1.19 vor Angebotslegung Klarheit über die Ausschreibungsvorgaben zu herrschen hatte und zum anderen in diesem Bereich der Ausschreibung keine Bieterlücken oder Ähnliches in dem diesbezüglich fraglichen Einzelpreisblatt für eine derartige Ergänzung vorhanden sind, wie gemäß Punkt 0.1 der Ausschreibung für den Fall einer zulässigen Ergänzung vorausgesetzt.

1.9. Die Antragstellerin hat bei gewissen je Laufmeter abgefragten Einheitspreisangaben für Kautschukisolierungen bzw bei gewissen je Stück abgefragten Einheitspreisen für Kautschukarmaturenisolierungen im Einzelpreisblatt jeweils handschriftliche konkretisierende Millimeterangaben hinsichtlich der Isolierungstärke angebracht, obwohl nach den Punkten 1.18 und

1.19 vor Angebotslegung Klarheit über die Ausschreibungsvorgaben zu herrschen hatte und zum anderen in diesem Bereich für eine derartige Ergänzung keine Bieterlücken oder Ähnliches in dem diesbezüglich fraglichen Einzelpreisblatt vorhanden sind, wie gemäß Punkt 0.1 der Ausschreibung für den Fall einer zulässigen Ergänzung vorausgesetzt.

Der bei der Antragstellerin angebotsverantwortliche Zeuge Ing H*** gab insoweit in der Verhandlung am 4.11.2009 an, dass mangels derartiger Ergänzung niemand gewusst hätte, was im Auftragsfall zu liefern ist.

1.10. Die Antragstellerin hat in den Bieterlückenblättern auf Seite 2/13 nur eine Circa - Zahl der Baustellenbesetzung mit Angestellten/Führungspersonal angegeben, obwohl die "Anzahl" abgefragt war.

1.11. Die Antragstellerin hat auf Seite 3/13 der Bieterlückenblätter die Bieterlücken teilweise nur durch Hinweise "w.o." ausgefüllt, wobei die Auftraggeberin diesbezüglich als Angebot ein bestimmtes Leitprodukt oder ein gleichwertiges Produkt verlangt hatte.

1.12. Auf der Seite 4/13 der Bieterlückenblätter hat die Antragstellerin Bieterlücken teilweise gar nicht ausgefüllt; bzw bei der Bieterlücke betreffend das Material für die Dachneigung mit der dort ersichtlichen Leitproduktangabe:

"P***pf*** oder Gleichwertiges" angegeben: "DC***, P*** OD. GLW."

Gemäß Punkt 0.1 der Ausschreibung waren die Bieterlücken wie gesagt jedenfalls auszufüllen.

1.13. Beginnend ab Seite 3/13 bis 7/13 der Bieterlückenblätter hat die Auftraggeberin vorerst immer ein Leitprodukt genannt und dann bei einer Bieterlücke das angebotene Produkt abgefragt. Die Antragstellerin hat jedoch in den Bieterlücken in den Bieterlücken ab Seite 4/13 vielfach neben einem angegebenen "Leitprodukt oder gleichwertig" (teilweise sogar mehrere) weitere Produkte in die Bieterlücken hineingeschrieben und dabei häufig zusätzlich vielfach den ergänzenden Zusatz angebracht: "od. glw." also: "oder gleichwertig".

1.14. In den Tabellen ab Seite 8 der Bieterlückenblätter hat die Antragstellerin, ohne dass dort die Möglichkeit des Gleichwertigkeitsangebots ausdrücklich vorgesehen gewesen wäre, wiederum vielfach in den Leerfeldern der dortigen Tabelle iZm der technischen Gebäudeausstattung mehrere Hersteller bzw Lieferanten für einen Ausstattungsbestandteil bzw Ausrüstungsgegenstand benannt. Dass trotz Angabe bestimmter Hersteller auch andere Produkte angeboten werden konnten, war insoweit zwischen den Streitteilen bzw für den diesbezüglich in der Verhandlung befragten Techniker aus der Sphäre der Auftraggeberin unstrittig.

1.15. Die Antragstellerin hat in ihrem Begleitschreiben zum Zweitangebot nicht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass für den Fall der fehlenden Gleichwertigkeit der abweichend vom Leitprodukt angebotenen Produkte jedenfalls auch das Leitprodukt der Ausschreibung angeboten würde. Auf der Seite 9/13 der Bieterlückenblätter findet sich derart zB beim Produkt "Zeigerthermometer" und dem auftraggeberseitigen Leitprodukt "Wi****" das Angebotsprodukt "Sa****" im entsprechenden Leerfeld der dortigen Tabelle; bzw auf der Seite 8/13 beim auftraggeberseitigen Leitprodukt für einen Endschalter "Bl****" das Angebotsprodukt "Sm****".

Die eingehende Erörterung, ob die derart ab Seite 8 ersichtlichen herstellerspezifischen Produktangaben nach der Vertrauens- theorie objektiv redlich eindeutig sind, unterblieb in der Verhandlung allerdings mangels weiterer Rechtserheblichkeit.

1.16. In Punkt 0.5 der Ausschreibung findet sich ausdrücklich der Hinweis auf die partiell funktional iSd § 109 BVergG 2006 verfasste Ausschreibung.1.16. In Punkt 0.5 der Ausschreibung findet sich ausdrücklich der Hinweis auf die partiell funktional iSd Paragraph 109, BVergG 2006 verfasste Ausschreibung.

1.17. Nachdem weder die Antragstellerin und noch die Auftraggeberin vor dem 4.11.2009 schriftlich substantiiert auf die schriftlich vorgehaltenen potentiellen Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin eingegangen waren, wurden in der Verhandlung am 4.11.2009 vorerst die vorstehend wiedergegebenen Tatsachen vor dem Hintergrund der Rsp - siehe dazu nur VwGH Zlen 2005/04/0200, ZI2007/04/0095; und auch EuGH C-249/01 - auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens mit den Streitteilen im erforderlichen Ausmaß erörtert, zumal Außerstreitstellungen iSd § 266 ZPO im hier anzuwendenden AVG idgF nicht vorgesehen sind und auch im BVergG 2006, abgesehen von gewissen Ermittlungserleichterungen gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006, auch nicht normiert sind.1.17. Nachdem weder die Antragstellerin und noch die Auftraggeberin vor dem 4.11.2009 schriftlich substantiiert auf die schriftlich vorgehaltenen potentiellen Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin eingegangen waren, wurden in der Verhandlung am 4.11.2009 vorerst die vorstehend wiedergegebenen Tatsachen vor dem Hintergrund der Rsp - siehe dazu nur VwGH Zlen 2005/04/0200, ZI2007/04/0095; und auch EuGH C-249/01 - auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens mit den Streitteilen im erforderlichen Ausmaß erörtert, zumal Außerstreitstellungen iSd Paragraph 266, ZPO im hier anzuwendenden AVG idgF nicht vorgesehen sind und auch im BVergG 2006, abgesehen von gewissen Ermittlungserleichterungen gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006, auch nicht normiert sind.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt samt vorgelegten Vergabeunterlagen; und dort insbesondere jeweils aus den ausdrücklich bezogenen Unterlagen; bzw insbesondere auch aus den Ergebnissen der

mündlichen Verhandlung vom 4.11.2009.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.0. - Allgemeines

Die Eigenschaft der Auftraggeberin als eine der Vergabekontrolle des Bundesvergabeamts unterworfenen Auftraggeberin gemäß den §§ 3 und 291 Abs 2 BVergG 2006 blieb unstrittig - § 313 BVergG 2006. Gleichfalls bestand kein sonstiger rechtserheblicher Streit über formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags gemäß § 322 BVergG 2006, wobei die angefochtene Scoring - Entscheidung als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006 zu bewerten ist; zur vergleichbaren preferred bidder - Auswahl siehe nur VwGH 2007/04/0232 und 0233. Die Eigenschaft der Auftraggeberin als eine der Vergabekontrolle des Bundesvergabeamts unterworfenen Auftraggeberin gemäß den Paragraphen 3 und 291 Absatz 2, BVergG 2006 blieb unstrittig - Paragraph 313, BVergG 2006. Gleichfalls bestand kein sonstiger rechtserheblicher Streit über formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags gemäß Paragraph 322, BVergG 2006, wobei die angefochtene Scoring - Entscheidung als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 zu bewerten ist; zur vergleichbaren preferred bidder - Auswahl siehe nur VwGH 2007/04/0232 und 0233.

Das BVergG 2006, BGBl I 2006/17 findet gegenständlich - mangels gegenteiliger Zitierung im Bescheid - idBGBl I 2007/86 Anwendung. Das BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 findet gegenständlich - mangels gegenteiliger Zitierung im Bescheid - in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 Anwendung.

3.1. Zum Zurückweisungsausspruch ist vor auszuschicken:

3.1.1. Der VwGH hat aufbauend auf seine Vorjudikatur, siehe zB 2005/05/0200 und 2005/04/0181, in seinem ersten Erkenntnis zum BVergG 2006 betreffend ein Kraftwerksvergabeverfahren zur ZI 2007/04/0232 und 0233 klargestellt, dass der selbst ausgeschiedene bzw auszuscheidende Bieter nicht erfolgreich gegen die Vergabeentscheidung zu Gunsten eines anderen Bieters vorgehen kann, wobei dies im letztbezogenen Erk iZm einer dort (ebenso anglizistisch) als preferred bidder - Auswahl bezeichneten Entscheidung über die Auswahl eines vorläufigen Bestbieters judiziert wurde. Die Ausführungen in diesem Erkenntnis erscheinen damit auf die in casu fragliche und hier angefochtene, als "Scoring - Entscheidung" bezeichnete (vorläufige) Bestbieterauswahlentscheidung unmittelbar anwendbar.

3.1.2. Klarstellend hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 18.3.2009, 2007/04/0095 ausgesprochen, dass der auszuscheidende Bieter bei einem von diesem gestellten Nachprüfungsantrag wider die Vergabeentscheidung zu Gunsten eines anderen Bieters keinen Schaden gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 dartun kann, womit dessen Nachprüfungsantrag zurückzuweisen ist. Im letztzitierten Erk hat der VwGH zusätzlich festgeschrieben, dass die Vergabekontrollbehörde auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens zu prüfen hat, ob ein - bislang nicht formell ausgeschiedener - Nachprüfungsantragssteller allenfalls auszuscheiden wäre und daher mit seinem gegen eine andere Entscheidung im Vergabeverfahren gerichteten Nachprüfungsantrag zurückzuweisen ist. Die insoweit geforderte ersatzweise Angebotsprüfung des Anbots des Antragstellers durch die Vergabekontrollbehörde endet nach dem letztzitierten Erk des VwGH aber dort, wo der Ausscheidensgrund zu Lasten des Antragstellers eines Sachverständigenbeweises bedürfte, was durch das Gebot des raschen Nachprüfungsverfahrens nur allzu verständlich wird. 3.1.2. Klarstellend hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 18.3.2009, 2007/04/0095 ausgesprochen, dass der auszuscheidende Bieter bei einem von diesem gestellten Nachprüfungsantrag wider die Vergabeentscheidung zu Gunsten eines anderen Bieters keinen Schaden gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 dartun kann, womit dessen Nachprüfungsantrag zurückzuweisen ist. Im letztzitierten Erk hat der VwGH zusätzlich festgeschrieben, dass die Vergabekontrollbehörde auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens zu prüfen hat, ob ein - bislang nicht formell ausgeschiedener - Nachprüfungsantragssteller allenfalls auszuscheiden wäre und daher mit seinem gegen eine andere Entscheidung im Vergabeverfahren gerichteten Nachprüfungsantrag zurückzuweisen ist. Die insoweit geforderte ersatzweise Angebotsprüfung des Anbots des Antragstellers durch die Vergabekontrollbehörde endet nach dem letztzitierten Erk des VwGH aber dort, wo der Ausscheidensgrund zu Lasten des Antragstellers eines Sachverständigenbeweises bedürfte, was durch das Gebot des raschen Nachprüfungsverfahrens nur allzu verständlich wird.

Der gegenständliche Nichtigerklärungsantrag wurde daher auf Basis der von der Antragstellerin zu verantwortenden und nachstehend aufzuzeigenden Vergaberechtswidrigkeiten zurückgewiesen.

3.1.3. Ob der Art 1 Abs 3 iVm dem Art 2a der RL 89/665/EWG jeweils idF RL 2007/66/EG künftig allenfalls dahin auszulegen sein könnte, dass ein auszuscheidender bzw bereits ausgeschiedener Bieter gleichzeitig ein Bieter ist, der durch eine in casu angefochtene Scoring - Entscheidung nicht betroffen ist; und dem damit gleichzeitig kein Schaden iSd Art 1 Abs 3 der bezogenen Richtlinienfassung durch eine anderweitig begünstigende Vergabeentscheidung drohen würde, so dass Art 1 Abs 3 der RL 89/665/EWG vor dem Hintergrund des Art 2a der bezogenen RL vor dem gemeinschaftsrechtlich - primärrechtlichen Hintergrund im Lichte der Wertungen, wie sie zB der BGH in seinem Beschluss vom 26.9.2006, X ZB 14/06 angelegt hat, entweder ungültig iS des Art 234 EGV (künftig: Art 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union) sein könnte; oder aber ob wegen der künftigen begrifflichen Differenzierung gemeinschaftsrechtskonform im Sinne eines allenfalls dennoch bestehenden Schadens und sohin einer Antragslegitimation zu entscheiden sein könnte, musste in diesem Nachprüfungsverfahren nicht geklärt werden, da die Art 1 Abs 3 und Art 2a der RL 89/665/EWG idF der Änderungsrichtlinie 2007/66/EG gemäß Art 3 der zitierten Änderungsrichtlinie 2007/66/EG erst ab 20.12.2009 in nationales Recht umzusetzen sind.

3.1.3. Ob der Artikel eins, Absatz 3, in Verbindung mit dem Artikel 2 a, der RL 89/665/EWG jeweils in der Fassung RL 2007/66/EG künftig allenfalls dahin auszulegen sein könnte, dass ein auszuscheidender bzw bereits ausgeschiedener Bieter gleichzeitig ein Bieter ist, der durch eine in casu angefochtene Scoring - Entscheidung nicht betroffen ist; und dem damit gleichzeitig kein Schaden iSd Artikel eins, Absatz 3, der bezogenen Richtlinienfassung durch eine anderweitig begünstigende Vergabeentscheidung drohen würde, so dass Artikel eins, Absatz 3, der RL 89/665/EWG vor dem Hintergrund des Artikel 2 a, der bezogenen RL vor dem gemeinschaftsrechtlich - primärrechtlichen Hintergrund im Lichte der Wertungen, wie sie zB der BGH in seinem Beschluss vom 26.9.2006, römisch zehn ZB 14/06 angelegt hat, entweder ungültig iS des Artikel 234, EGV (künftig: Artikel 267, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union) sein könnte; oder aber ob wegen der künftigen begrifflichen Differenzierung gemeinschaftsrechtskonform im Sinne eines allenfalls dennoch bestehenden Schadens und sohin einer Antragslegitimation zu entscheiden sein könnte, musste in diesem Nachprüfungsverfahren nicht geklärt werden, da die Artikel eins, Absatz 3 und Artikel 2 a, der RL 89/665/EWG in der Fassung der Änderungsrichtlinie 2007/66/EG gemäß Artikel 3, der zitierten Änderungsrichtlinie 2007/66/EG erst ab 20.12.2009 in nationales Recht umzusetzen sind.

Damit gibt diese unterschiedliche Begrifflichkeit in den Art 1 Abs 3 und 2a der RL 89/665/EG idF RL 2007/66/EG, nämlich einerseits der Schadensbegriff und andererseits die Betroffenheitserfordernis, frühestens bei Nachprüfungsverfahren ab 20.12.2009 allfälligen Anlass zu einem Überdenken der derzeit stRsp, die auf dem Urteil des EuGH C-249/01 "Hackermüller" aufbaut. Für den hier zu entscheidenden Fall sieht sich der erkennende Senat aber keinesfalls gehalten, von der oben dargestellten stRsp des VwGH zu § 163 BVergG 2002 bzw zu §320 BVergG 2006 iVm der RL 89/665/EWG idF vor Ablauf der Umsetzungsfrist der zitierten Änderungsrichtlinie 2007/66/EG abzugehen. Damit gibt diese unterschiedliche Begrifflichkeit in den Artikel eins, Absatz 3 und 2 a der RL 89/665/EG in der Fassung RL 2007/66/EG, nämlich einerseits der Schadensbegriff und andererseits die Betroffenheitserfordernis, frühestens bei Nachprüfungsverfahren ab 20.12.2009 allfälligen Anlass zu einem Überdenken der derzeit stRsp, die auf dem Urteil des EuGH C-249/01 "Hackermüller" aufbaut. Für den hier zu entscheidenden Fall sieht sich der erkennende Senat aber keinesfalls gehalten, von der oben dargestellten stRsp des VwGH zu Paragraph 163, BVergG 2002 bzw zu §320 BVergG 2006 in Verbindung mit der RL 89/665/EWG in der Fassung vor Ablauf der Umsetzungsfrist der zitierten Änderungsrichtlinie 2007/66/EG abzugehen.

3.1.4. Der VwGH hat in seinem bereits oben zitierten Erk v 28.3.2007, 2005/04/0200 wie folgt ausgeführt (Hervorhebungen durch das Bundesvergabeamt):

[...]

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Auffassung der belangten Behörde, der Beschwerdeführerin komme keine Antragslegitimation zu, weil ihr Angebot auszuscheiden gewesen wäre und daher eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin ohnehin nicht in Betracht kommt, nicht als rechtswidrig zu erkennen (vgl. zuletzt das hg. Erkenntnis vom 30. November 2006, Zl. 2005/04/0067, und das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2006, Zl. 2005/04/0091, jeweils mwN, insbesondere auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, Slg. 2003, Seite I-6319). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Auffassung der belangten Behörde, der

Beschwerdeführerin komme keine Antragslegitimation zu, weil ihr Angebot auszuschneiden gewesen wäre und daher eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin ohnehin nicht in Betracht kommt, nicht als rechtswidrig zu erkennen vergleiche zuletzt das hg. Erkenntnis vom 30. November 2006, Zl. 2005/04/0067, und das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2006, Zl. 2005/04/0091, jeweils mwN, insbesondere auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, Slg. 2003, Seite I-6319).

Die vorliegende Beschwerde bietet - auch vor dem Hintergrund der obzitierten Rechtsprechung des EuGH und den Ausführungen des Generalanwaltes in dieser Rechtssache (vgl. die Schlussanträge des Generalanwaltes vom 25. Februar 2003, Randnrn. 57 bis 63) - keinen Anlass von dieser Rechtsprechung abzugehen. So hat der Generalanwalt hinsichtlich des Zweckes der Richtlinie 89/665/EWG daran erinnert, dass "die Mitgliedsstaaten nach Art. 1 Abs. 1 dieser Richtlinie verpflichtet (sind), wirksame und möglichst rasche Nachprüfungsverfahren einzuführen, um sicherzustellen, dass die Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens beachtet werden" (Randnr 59). Mit "diesem Zweck der Bereitstellung wirksamer und rascher Nachprüfungsverfahren" erschien es dem Generalanwalt unvereinbar, "wenn man in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens die Nachprüfungsbehörde zwingen würde, zu warten, bis ihr ein Problem im Zusammenhang mit der ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, das sie selbst erkannt hat, von einer Partei vorgelegt wird" (Randnr. 60). Auch hat der EuGH im Urteil vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Slg. 2004, I-1829, seine Rechtsprechung unter Bezug auf das Urteil "Hackermüller" bestätigt und ausgeführt, "dass die Mitgliedstaaten nicht gehalten sind, diese Nachprüfungsverfahren jedem zur Verfügung zu stellen, der einen bestimmten Auftrag erhalten will, sondern dass es ihnen freisteht, zusätzlich zu verlangen, dass der betreffenden Person durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht" (Randnr. 26). Die vorliegende Beschwerde bietet - auch vor dem Hintergrund der obzitierten Rechtsprechung des EuGH und den Ausführungen des Generalanwaltes in dieser Rechtssache vergleiche die Schlussanträge des Generalanwaltes vom 25. Februar 2003, Randnrn. 57 bis 63) - keinen Anlass von dieser Rechtsprechung abzugehen. So hat der Generalanwalt hinsichtlich des Zweckes der Richtlinie 89/665/EWG daran erinnert, dass "die Mitgliedsstaaten nach Artikel eins, Absatz eins, dieser Richtlinie verpflichtet (sind), wirksame und möglichst rasche Nachprüfungsverfahren einzuführen, um sicherzustellen, dass die Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens beachtet werden" (Randnr 59). Mit "diesem Zweck der Bereitstellung wirksamer und rascher Nachprüfungsverfahren" erschien es dem Generalanwalt unvereinbar, "wenn man in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens die Nachprüfungsbehörde zwingen würde, zu warten, bis ihr ein Problem im Zusammenhang mit der ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, das sie selbst erkannt hat, von einer Partei vorgelegt wird" (Randnr. 60). Auch hat der EuGH im Urteil vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Slg. 2004, I-1829, seine Rechtsprechung unter Bezug auf das Urteil "Hackermüller" bestätigt und ausgeführt, "dass die Mitgliedstaaten nicht gehalten sind, diese Nachprüfungsverfahren jedem zur Verfügung zu stellen, der einen bestimmten Auftrag erhalten will, sondern dass es ihnen freisteht, zusätzlich zu verlangen, dass der betreffenden Person durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht" (Randnr. 26).

[...]

Auf der Linie dieser Ausführungen des Generalanwaltes in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache "Hackermüller" liegt es, wenn der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 18. Mai 2005, Zl. 2004/04/0094, ausgeführt hat, es sei der Nachprüfungsantrag ungeachtet allfälliger Rechtsverletzungen im Rahmen des Verfahrens zur Wahl eines Angebotes für den Zuschlag jedenfalls abzuweisen, wenn der Antragsteller zu Recht ausgeschieden worden sei. Damit lässt sich die Sicht des Verwaltungsgerichtshofes dahin zusammenfassen, dass kein Schaden durch Entfall der Möglichkeit der Teilnahme am Folgeverfahren gegeben ist, wenn der Bieter selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, also - anders gesagt - dass der selbst nicht ausschreibungs- bzw. vergaberechtskonform agierende Bieter nicht schütze[n]swert ist. Anderes wird jedoch zu gelten haben, wenn der Bieter aus einem Grund für den Zuschlag nicht in Betracht kommt, der in einer fehlerhaften Ausschreibung liegt, weil diese etwa diskriminierende oder von keinem Bieter erfüllbare Bedingungen enthält. In diesem Fall muss auch ein auszuschneidender Bieter die Möglichkeit haben, die Ausschreibungsbedingungen - innerhalb der dafür offenstehenden Frist - zu bekämpfen (vgl. hiezu auch das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Slg. 2004, Seite I- 1829, Randnrn. 26ff). Auf der Linie dieser Ausführungen des Generalanwaltes in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache "Hackermüller" liegt es, wenn der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 18. Mai 2005, Zl. 2004/04/0094, ausgeführt hat, es sei der

Nachprüfungsantrag ungeachtet allfälliger Rechtsverletzungen im Rahmen des Verfahrens zur Wahl eines Angebotes für den Zuschlag jedenfalls abzuweisen, wenn der Antragsteller zu Recht ausgeschieden worden sei. Damit lässt sich die Sicht des Verwaltungsgerichtshofes dahin zusammenfassen, dass kein Schaden durch Entfall der Möglichkeit der Teilnahme am Folgeverfahren gegeben ist, wenn der Bieter selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, also - anders gesagt - dass der selbst nicht ausschreibungs- bzw. vergaberechtskonform agierende Bieter nicht schütze[n]swert ist. Anderes wird jedoch zu gelten haben, wenn der Bieter aus einem Grund für den Zuschlag nicht in Betracht kommt, der in einer fehlerhaften Ausschreibung liegt, weil diese etwa diskriminierende oder von keinem Bieter erfüllbare Bedingungen enthält. In diesem Fall muss auch ein auszuschheidender Bieter die Möglichkeit haben, die Ausschreibungsbedingungen - innerhalb der dafür offenstehenden Frist - zu bekämpfen vergleiche hiezu auch das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Slg. 2004, Seite I- 1829, Randnrn. 26ff).

[...]

3.2. Zur Frage der allfälligen Verbesserbarkeit von Angebotsmängeln hat das Bundesvergabeamt zB in seinem Bescheid vom 3.9.2009, N/0079-BVA/08/2009-56 unter Zitierung verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung wie folgt ausgeführt:

[...] ist auf die Rsp des VwGH zur Frage der (Un-) Behebbarkeit von Angebotsmängeln und dabei insb auf das Erk 2004/04/0078, ergangen zum BVergG 2002, mit seinen nach Senatsauffassung auch beim BVergG 2006 weiter anwendbaren Grundsätzen hinzuweisen:

Der - im Sektorenbereich nicht anwendbare - § 52 Abs. 5 Z. 1 BVergG bestimmt, dass im offenen Verfahren u.a. die Befugnis spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein muss. Auf Grund der auch im Sektorenbereich gültigen Prinzipien des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß § 21 Abs. 1 BVergG gilt dies grundsätzlich auch im Sektorenbereich. Es könnte nämlich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem Bieter, der sich rechtzeitig um die - jedenfalls mit Aufwand verbundene - Erlangung der erforderlichen Befugnisse kümmert, bewirken, wenn einem Bieter die Möglichkeit eingeräumt wird, seine Befugnis erst nach der Angebotsöffnung, wenn die Chance zum Erhalt des Zuschlags bereits abschätzbar ist, zu erlangen. Der - im Sektorenbereich nicht anwendbare - Paragraph 52, Absatz 5, Ziffer eins, BVergG bestimmt, dass im offenen Verfahren u.a. die Befugnis spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein muss. Auf Grund der auch im Sektorenbereich gültigen Prinzipien des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG gilt dies grundsätzlich auch im Sektorenbereich. Es könnte nämlich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem Bieter, der sich rechtzeitig um die - jedenfalls mit Aufwand verbundene - Erlangung der erforderlichen Befugnisse kümmert, bewirken, wenn einem Bieter die Möglichkeit eingeräumt wird, seine Befugnis erst nach der Angebotsöffnung, wenn die Chance zum Erhalt des Zuschlags bereits abschätzbar ist, zu erlangen.

...

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaen Mängel ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter n materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurde das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebots (hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2003, Zl. 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das nur vom Bieter nicht änderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2005/04/0024), als behebbare Mängel, das Angebot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel (hg. Erkenntnis vom 16. Februar 2005, Zl. 2004/04/0030) gewertet.

Nach diesen Grundsätzen handelt es sich zwar beim Fehlen des Nachweises der - rechtzeitig erfolgten - Antragstellung gemäß § 373c GewO 1994 (ebenso wie beim Fehlen des Nachweises einer im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhandenen Befugnis) um einen behebbaren, beim Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung (ebenso wie etwa beim Fehlen einer Befugnis) jedoch um einen unbehebbaen Mangel, hätte es ein Bieter doch im letztgenannten Fall in der Hand, erst nach der durch die Angebotsöffnung möglichen Abschätzung seiner Chancen zu entscheiden, ob er den für

die Erlangung der Befugnis für Österreich erforderlichen Antrag auf Anerkennung stellt, was - wie dargestellt - einen Wettbewerbsvorteil darstellt. Nach diesen Grundsätzen handelt es sich zwar beim Fehlen des Nachweises der - rechtzeitig erfolgten - Antragstellung gemäß Paragraph 373 c, GewO 1994 (ebenso wie beim Fehlen des Nachweises einer im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhandenen Befugnis) um einen behebbaren, beim Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung (ebenso wie etwa beim Fehlen einer Befugnis) jedoch um einen unbehebaren Mangel, hätte es ein Bieter doch im letztgenannten Fall in der Hand, erst nach der durch die Angebotsöffnung möglichen Abschätzung seiner Chancen zu entscheiden, ob er den für die Erlangung der Befugnis für Österreich erforderlichen Antrag auf Anerkennung stellt, was - wie dargestellt - einen Wettbewerbsvorteil darstellt.

[...] Damit erscheint ein Angebotsmangel dann als unbehebbar, wenn ein Bieter einen iS der Rsp des VwGH rechtserheblichen Aufwand zur Angebotserstellung nicht innerhalb der Angebotsfrist des offenen Verfahrens tätigt, obwohl genau dieser Aufwand bereits innerhalb der Frist für die Angebotslegung zu tragen gewesen wäre, wobei im vorliegenden Fall weiters festzuhalten ist, dass die Ausschreibung innerhalb der Fristen des § 321 Abs 2 BVergG 2006 unangefochten geblieben und daher nunmehr unverrückbar mit den darin enthaltenen Vorgaben auf das weitere Vergabeverfahren anzuwenden ist. [...] Damit erscheint ein Angebotsmangel dann als unbehebbar, wenn ein Bieter einen iS der Rsp des VwGH rechtserheblichen Aufwand zur Angebotserstellung nicht innerhalb der Angebotsfrist des offenen Verfahrens tätigt, obwohl genau dieser Aufwand bereits innerhalb der Frist für die Angebotslegung zu tragen gewesen wäre, wobei im vorliegenden Fall weiters festzuhalten ist, dass die Ausschreibung innerhalb der Fristen des Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 unangefochten geblieben und daher nunmehr unverrückbar mit den darin enthaltenen Vorgaben auf das weitere Vergabeverfahren anzuwenden ist.

Aus den oben beim Sachverhalt wiedergegebenen Ausschreibungsbestandteilen und insbesondere den Seiten 15 und 16 des Teils 1 der Ausschreibung, dem - auch von der nunmehr mit ihrem Angebot ausgeschiedenen Bietergemeinschaft unterfertigten - Angebotshauptteil, ergibt sich, dass die vom Bieter zu erstellenden Pläne erstens integrierender Angebotsteil sind und zweitens wahrheitsgemäß und vollständig zu sein haben.

Das Angebot eines Bieters ist damit vor diesem Hintergrund dann vollständig, wenn es die Leistungsanforderungen der funktionalen Leistungsbeschreibung des Auftraggebers erfüllt; und diese Ausschreibungskonformität in den Angebotsbestandteilen, also hier auch in den einen Angebotsbestandteil bildenden Plänen, ohne vernünftigen Grund daran zu zweifeln, für einen objektiv redlichen Erklärungsempfänger in der Situation des Auftraggebers eindeutig erkennbar ist. Dass ein Bieter dabei [...] im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung gegenüber dem Auftraggeber bereits innerhalb der Angebotsfrist und durch Pläne und sonstige eindeutige Unterlagen dokumentiert offenzulegen hat, wie er die Vorgaben der funktionalen Ausschreibung zu erfüllen gedenkt, ergibt sich dabei - übereinstimmend mit der streitgegenständlichen präkludierten Ausschreibung - bereits aus § 109 Abs 1 und 2 BVergG 2006. Dies unbeschadet des damit verbundenen konzeptiven und darstellerischen Aufwands. Das Angebot eines Bieters ist damit vor diesem Hintergrund dann vollständig, wenn es die Leistungsanforderungen der funktionalen Leistungsbeschreibung des Auftraggebers erfüllt; und diese Ausschreibungskonformität in den Angebotsbestandteilen, also hier auch in den einen Angebotsbestandteil bildenden Plänen, ohne vernünftigen Grund daran zu zweifeln, für einen objektiv redlichen Erklärungsempfänger in der Situation des Auftraggebers eindeutig erkennbar ist. Dass ein Bieter dabei [...] im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung gegenüber dem Auftraggeber bereits innerhalb der Angebotsfrist und durch Pläne und sonstige eindeutige Unterlagen dokumentiert offenzulegen hat, wie er die Vorgaben der funktionalen Ausschreibung zu erfüllen gedenkt, ergibt sich dabei - übereinstimmend mit der streitgegenständlichen präkludierten Ausschreibung - bereits aus Paragraph 109, Absatz eins und 2 BVergG 2006. Dies unbeschadet des damit verbundenen konzeptiven und darstellerischen Aufwands.

[...]

3.3. Die hier durchgeführte Anwendung der vorstehend aufgezeigten Rsp des VwGH und darauf aufbauend der Rsp des Bundesvergabeamts bedeutet für den vorliegenden Fall hinsichtlich der festgestellten Tatsachen nunmehr Folgendes:

3.3.0. Die Vorfestlegungen der Auftraggeberin und insbesondere die für das Zweitangebot maßgebliche Ausschreibung inklusive ihrer Beilagen gemäß den Seiten 29 bis 32 der Ausschreibung (in eben der zweiten Fassung) wurden beim Bundesvergabeamt nicht innerhalb der Fristen des § 321 BVergG 2006 angefochten und sind daher dem weiteren Vergabefahren und insbesondere der Angebotsprüfung bzw -beurteilung zu Grunde zu legen, siehe zB VwGH

2005/04/0200.3.3.0. Die Vorfestlegungen der Auftraggeberin und insbesondere die für das Zweitangebot maßgebliche Ausschreibung inklusive ihrer Beilagen gemäß den Seiten 29 bis 32 der Ausschreibung (in eben der zweiten Fassung) wurden beim Bundesvergabeamt nicht innerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVergG 2006 angefochten und sind daher dem weiteren Vergabefahren und insbesondere der Angebotsprüfung bzw -beurteilung zu Grunde zu legen, siehe zB VwGH 2005/04/0200.

3.3.1. Die Antragstellerin hat mit der Ergänzung des im Einzelpreisblatt abgefragten Einheitspreises für einen Kubikmeter Barytbeton inklusive Schalung mit dem dortigen handschriftlichen Zusatz "inkl 3 m2 Schalung" eine Angebotserklärung abgegeben, die bedeutet, dass sie pro zu verbauenden Kubikmeter Barytbeton maximal 3 Quadratmeter Schalung in den Einheitspreis inkludiert betrachtet. Dieses Ergebnis hat sich die Antragstellerin insbesondere auch über die Unklarheitenregelung des § 915 ABGB zurechnen zu lassen, der bei Erklärungen zur Anbahnung entgeltlicher Verträge wie eben in einem Vergabeverfahren anzuwenden ist, zumal mit dieser Auslegung der fraglichen Angebotserklärung ein Einfallstor für Nachtragsforderungen sachgerecht geschlossen wird.3.3.1. Die Antragstellerin hat mit der Ergänzung des im Einzelpreisblatt abgefragten Einheitspreises für einen Kubikmeter Barytbeton inklusive Schalung mit dem dortigen handschriftlichen Zusatz "inkl 3 m2 Schalung" eine Angebotserklärung abgegeben, die bedeutet, dass sie pro zu verbauenden Kubikmeter Barytbeton maximal 3 Quadratmeter Schalung in den Einheitspreis inkludiert betrachtet. Dieses Ergebnis hat sich die Antragstellerin insbesondere auch über die Unklarheitenregelung des Paragraph 915, ABGB zurechnen zu lassen, der bei Erklärungen zur Anbahnung entgeltlicher Verträge wie eben in einem Vergabeverfahren anzuwenden ist, zumal mit dieser Auslegung der fraglichen Angebotserklärung ein Einfallstor für Nachtragsforderungen sachgerecht geschlossen wird.

Eine nachträgliche Änderung des derart erkannten Angebotsinhalts kommt dabei gemäß § 126 Abs 2 BVergG 2006 nicht in Betracht.Eine nachträgliche Änderung des derart erkannten Angebotsinhalts kommt dabei gemäß Paragraph 126, Absatz 2, BVergG 2006 nicht in Betracht.

Das Angebot der Antragstellerin widerspricht mit dieser handschriftlichen Ausschreibungsergänzung der Ausschreibung, insbesondere der auf Seite 3 von 32 in Punkt 0.1 derselben ersichtlichen Vorgabe an Letztangebote, bei Angebotslegung keine nicht ausdrücklich erlaubten Änderungen/Ergänzungen zur Ausschreibung (inklusive deren Beilagen) vorzunehmen; und ist dieses Angebot damit gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden, zumal die Auftraggeberin auf Basis des abverlangten, hier zu beurteilenden Zweitangebots eine Scoring - Bewertung angekündigt hatte; und damit der Antragstellerin objektiv redlich bewusst zu sein hatte, dass die Auftraggeberin auf Basis der Letztangebote bewerten würde.Das Angebot der Antragstellerin widerspricht mit dieser handschriftlichen Ausschreibungsergänzung der Ausschreibung, insbesondere der auf Seite 3 von 32 in Punkt 0.1 derselben ersichtlichen Vorgabe an Letztangebote, bei Angebotslegung keine nicht ausdrücklich erlaubten Änderungen/Ergänzungen zur Ausschreibung (inklusive deren Beilagen) vorzunehmen; und ist dieses Angebot damit gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden, zumal die Auftraggeberin auf Basis des abverlangten, hier zu beurteilenden Zweitangebots eine Scoring - Bewertung angekündigt hatte; und damit der Antragstellerin objektiv redlich bewusst zu sein hatte, dass die Auftraggeberin auf Basis der Letztangebote bewerten würde.

Eine Einschränkung des maximalen Schalungsumfangs durch die Antragstellerin iZm der Barytbetonverwendung ohne diesbezügliche vorangehende Klarstellung in den letztgültigen Ausschreibungsunterlagen gegenüber allen Bietern würde mangels transparenter, nur im Verhältnis zur Antragstellerin erfolgreicher Ausschreibungsänderung in Relation zu den anderen Bietern zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen und damit gegen die §§ 126 Abs 2 und insb 19 Abs 1 BVergG 2006 verstoßen, womit dieser Angebotsfehler nicht behebbar ist. Dass die antragstellerinnenseits erfolgende Einschränkung auf maximal 3 m2 Schalung pro Kubikmeter Barytbeton bei diesem Vergabeverfahren sehr wohl rechtserheblich ist, zeigen die zu errichtenden Wände mit einer geforderten Strahlungsabschirmung entsprechend einer Wanddicke von 50 cm Barytbeton im Bereich des "Gangs/Mehrzweckhalle" bzw im Bereich "Lagerung" entsprechend den in der Verhandlung erörterten Planvorgaben, bei denen im Durchschnitt pro verwendetem Kubikmeter Barytbeton jedenfalls mehr als 3 m2 Schalung erforderlich sein werden.Eine Einschränkung des maximalen Schalungsumfangs durch die Antragstellerin iZm der Barytbetonverwendung ohne diesbezügliche vorangehende Klarstellung in den letztgültigen Ausschreibungsunterlagen gegenüber allen Bietern würde mangels transparenter, nur im Verhältnis zur Antragstellerin erfolgreicher Ausschreibungsänderung in Relation zu den anderen Bietern zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen und damit gegen die Paragraphen 126, Absatz 2 und insb 19 Absatz eins, BVergG 2006 verstoßen, womit dieser Angebotsfehler nicht behebbar ist. Dass die antragstellerinnenseits

erfolgende Einschränkung auf maximal 3 m² Schalung pro Kubikmeter Barytbeton bei diesem Vergabeverfahren sehr wohl rechtserheblich ist, zeigen die zu errichtenden Wände mit einer geforderten Strahlungsabschirmung entsprechend einer Wanddicke von 50 cm Barytbeton im Bereich des "Gangs/Mehrzweckhalle" bzw im Bereich "Lagerung" entsprechend den in der Verhandlung erörterten Planvorgaben, bei denen im Durchschnitt pro verwendetem Kubikmeter Barytbeton jedenfalls mehr als 3 m² Schalung erforderlich sein werden.

3.3.2. Das Angebot der Antragstellerin ist weiters deshalb fehlerhaft, unvollständig und nicht behebbar mangelhaft geblieben, weil die Antragstellerin in etlichen Bieterlücken in den Bieterlückenblättern offen gelassen hat, ob sie das Leitprodukt oder aber ein gleichwertiges Produkt anbietet. Die Antragstellerin hat vielmehr bei etlichen Bieterlücken alternativ das Leitprodukt und/oder eines bzw sogar mehrere andere Produkte alternativ angeboten und damit eine Undeutlichkeit ihrer Angebotserklärung zu verantworten, wobei die Antragstellerin in diesen Fällen nach Nennung mehrerer Produkte in den Bieterlücken vielfach sogar noch den Zusatz "oder gleichwertig" angebracht hat. Die Auftraggeberin wusste sohin auf Basis des zu bewertenden Letztangebots der Antragstellerin objektiv redlich iS der Vertrauens Theorie vielfach noch immer nicht, welche Leit- oder gleichwertigen Produkte sie bei den in den Bieterlückenblättern mit Leitprodukten abgefragten Angebotsprodukten erhalten würde;

obwohl ein Angebot in § 2 Z 3 BVerG 2006 als Anbot einer bestimmten Leistung definiert ist; und insbesondere auch die §§ 106 und 109 BVerG 2006 für die Auftraggeberin die Angebotsinformation sicherstellen wollen, was die Auftraggeberin im Auftragsfalle erhalten würde. obwohl ein Angebot in Paragraph 2, Ziffer 3, BVerG 2006 als Anbot einer bestimmten Leistung definiert ist; und insbesondere auch die Paragraphen 106 und 109 BVerG 2006 für die Auftraggeberin die Angebotsinformation sicherstellen wollen, was die Auftraggeberin im Auftragsfalle erhalten würde.

Da die gegenständlichen Bieterlückenblätter beginnend ab Seite 3/13 jeweils ein angebotenes Produkt verlangen und die Antragstellerin gemäß der Ausschreibung daher kein Recht auf Legung eines Angebots eingeräumt erhalten hat, in dem sie je Bieterlücke eine Produktpalette mit Wahlrecht der Auftraggeberin ausfüllen durfte, widerspricht das Angebot der Antragstellerin, wie insbesondere ab Seite 4/13 der Bieterlückenblätter ersichtlich, insoweit wieder den präkludierten Vorgaben der Ausschreibung und ist daher auszuschneiden. Dieser im Letztangebot der Antragstellerin gehäuft auftretende Fehler ist auch nicht behebbar, da der Antragstellerin insoweit ein längerer Angebotsausarbeitungszeitraum für das zu bewertende Letztangebot gewährt würde als eben den anderen Bietern bzw wie in den präkludierten Vorfestlegungen festgeschrieben; und die Antragstellerin damit den ausschreibungskonform innerhalb der Letztangebotsfrist zu tragenden Angebotserstellungsaufwand vergaberechtswidrig in einen Zeitraum nach Ablauf der Angebotsfrist verlagern könnte; dies unbeschadet sich bei einer derartigen zeitlichen Verlagerung steller Fragen iZm einer korrekten Preisprüfung bei Angabe verschiedener Produkte.

Der Antragstellerin kann daher auch insoweit wiederum kein Schaden iS des § 320 Abs 1 Z 2 BVerG 2006 zugebilligt werden. Der Antragstellerin kann daher auch insoweit wiederum kein Schaden iS des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG 2006 zugebilligt werden.

3.3.3. Der Antragstellerin ist der Schaden gemäß § 320 Abs 1 Z 2 weiters deshalb abzusprechen, weil sie bei Legung ihres Letztangebots nicht offen gelegt hat, ob sie die in der Ausschreibung planlich mit 1m Dicke vorgesehenen Barytbetonwände im Bereich der "Heißen Zelle" tatsächlich in Barytbeton herstellen würde; oder aber mit Stahlwänden oder aber Bleiwänden. Mit dem zwischen den Streitteilen insoweit vorherrschenden Verständnis der funktionalen Ausschreibungsvorgabe einer entsprechenden Strahlendämmung in den letztgültigen Ausschreibungsfestlegungen war die Antragstellerin - entgegen der Auffassung ihres Angebotsverantwortlichen Ing H*** - spätestens bei Letztangebotslegung gemäß § 109 Abs 1 und Abs 2 BVerG 2006 verpflichtet, klarzustellen, welcherart sie das Strahlendämmungserfordernis - insbesondere auch rücksichtlich der sonstigen Ausschreibungsvorgaben - zu erfüllen gedenkt. Dieser Angebotsfehler ist auch nicht behebbar, da die Antragstellerin bereits innerhalb der Angebotsfrist jenen konzeptiven Aufwand zur genauen Planung der strahlendurchlässigkeithemmenden Wände samt Dokumentation dieses Angebotsbestandteils gegenüber der Auftraggeberin gemäß § 109 Abs 1 und Abs 2 BVerG 2006 zu tätigen gehabt hätte, den die Antragstellerin - laut Angaben ihres Angebotsverantwortlichen - erst nach der Angebotslegung machen wollte. Derart hat sich die Antragstellerin - ausgehend von ihrem eigenem Standpunkt eines Wahlrechts hinsichtlich der bei den Strahlenschutzwänden insbesondere im Bereich der "heißen Zelle" im Auftragsfalle zu verwendenden Materialien - gesetz- und ausschreibungswidrig die erforderliche konzeptive und angebotsausarbeitende Tätigkeit zur Angebotserstellung in einen Zeitraum nach Abgabe des Letztangebots verlagert,

in dem sie auch ihre sonstige Stellung im Wettbewerb besser einschätzen konnte.3.3.3. Der Antragstellerin ist der Schaden gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, weiters deshalb abzusprechen, weil sie bei Legung ihres Letztangebots nicht offen gelegt hat, ob sie die in der Ausschreibung planlich mit 1m Dicke vorgesehenen Barytbetonwände im Bereich der "Heißen Zelle" tatsächlich in Barytbeton herstellen würde; oder aber mit Stahlwänden oder aber Bleiwänden. Mit dem zwischen den Streitteilen insoweit vorherrschenden Verständnis der funktionalen Ausschreibungsvorgabe einer entsprechenden Strahlendämmung in den letztgültigen Ausschreibungsfestlegungen war die Antragstellerin - entgegen der Auffassung ihres Angebotsverantwortlichen Ing H*** - spätestens bei Letztangebotslegung gemäß Paragraph 109, Absatz eins und Absatz 2, BVergG 2006 verpflichtet, klarzustellen, welcherart sie das Strahlendämmungserfordernis - insbesondere auch rücksichtlich der sonstigen Ausschreibungsvorgaben - zu erfüllen gedenkt. Dieser Angebotsfehler ist auch nicht behebbar, da die Antragstellerin bereits innerhalb der Angebotsfrist jenen konzeptiven Aufwand zur genauen Planung der strahlendurchlässigkeithemmenden Wände samt Dokumentation dieses Angebotsbestands gegenüber der Auftraggeberin gemäß Paragraph 109, Absatz eins und Absatz 2, BVergG 2006 zu tätigen gehabt hätte, den die Antragstellerin - laut Angaben ihres Angebotsverantwortlichen - erst nach der Angebotslegung machen wollte. Derart hat sich die Antragstellerin - ausgehend von ihrem eigenem Standpunkt eines Wahlrechts hinsichtlich der bei den Strahlenschutzwänden insbesondere im Bereich der "heißen Zelle" im Auftragsfalle zu verwendenden Materialien - gesetz- und ausschreibungswidrig die erforderliche konzeptive und angebotsausarbeitende Tätigkeit zur Angebotserstellung in einen Zeitraum nach Abgabe des Letztangebots verlagert, in dem sie auch ihre sonstige Stellung im Wettbewerb besser einschätzen konnte.

Die Antragstellerin handelte auch insoweit vergaberechtswidrig und ausschreibungswidrig, ist insoweit auszuschcheiden und droht ihr daher mangels Schutzwürdigkeit kein Schaden durch die angefochtene Scoring- Entscheidung zu Gunsten einer Konkurrentin.

3.4. Weitere allfällige Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin können daher genauso wie die Frage der insoweit allfällig zu erörternden Aufgabenverteilung zwischen Auftraggeberin und Vergabekontrollbehörde dahingestellt bleiben, insbesondere zB iZm der Nichtnennung des nach den Prozessbehauptungen selbständig erwerbstätigen Herrn DI St*** in der Subunternehmerbeilage zum Teilnahmeantrag bei einer bereits gemäß den Teilnahmeunterlagen dort erforderlichen Subunternehmernennung; oder iZm dem Umstand, dass die Antragstellerin im Lichte des § 106 Abs 7 letzter Satz BVergG 2006 im Begleitschreiben zum Zweitangebot hinsichtlich ihrer Angaben in den Bieterlückenblättern auch nicht erklärt hat, sie würde jedenfalls das Leitprodukt anbieten, falls das bzw die partiell primär an Stelle des Leitprodukts in die Bieterlücken geschriebenen Produkte nicht gleichwertig sein sollten;3.4. Weitere allfällige Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin können daher genauso wie die Frage der insoweit allfällig zu erörternden Aufgabenverteilung zwischen Auftraggeberin und Vergabekontrollbehörde dahingestellt bleiben, insbesondere zB iZm der Nichtnennung des nach den Prozessbehauptungen selbständig erwerbstätigen Herrn DI St*** in der Subunternehmerbeilage zum Teilnahmeantrag bei einer bereits gemäß den Teilnahmeunterlagen dort erforderlichen Subunternehmernennung; oder iZm dem Umstand, dass die Antragstellerin im Lichte des Paragraph 106, Absatz 7, letzter Satz BVergG 2006 im Begleitschreiben zum Zweitangebot hinsichtlich ihrer Angaben in den Bieterlückenblättern auch nicht erklärt hat, sie würde jedenfalls das Leitprodukt anbieten, falls das bzw die partiell primär an Stelle des Leitprodukts in die Bieterlücken geschriebenen Produkte nicht gleichwertig sein sollten;

oder aber iZm den vielfach mit etlichen Produktangaben ausgefüllten Bieterlücken iZm § 126 Abs 3 BVergG 2006oder aber iZm den vielfach mit etlichen Produktangaben ausgefüllten Bieterlücken iZm Paragraph 126, Absatz 3, BVergG 2006.

3.5. Das gegen die Auftraggeberin gerichtete Pauschalgebührenersatzbegehren war mangels Obsiegens mit dem Nichtigklärungsbegehren gemäß § 319 BVergG 2006 abzuweisen.3.5. Das gegen die Auftraggeberin gerichtete Pauschalgebührenersatzbegehren war mangels Obsiegens mit dem Nichtigklärungsbegehren gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 abzuweisen.

Schlagworte

Scoring - Entscheidung, Antragslegitimation;

Zuletzt aktualisiert am

12.01.2010

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