

# TE Verg Bescheid 2009/6/9 N/0040-BVA/14/2009-31

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.06.2009

## Norm

BVergG 2006 §90

BVergG 2006 §106 Abs1

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

ABGB 914f

1. BVergG 2006 § 90 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
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

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG, BGBl. I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Zu- und Umbau HBLF Bruck an der Mur, Baumeisterarbeiten" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstrasse 1, 1030 Wien, über die Anträge der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 27.4.2009, verbessert eingebracht am 28.4.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Zu- und Umbau HBLF Bruck an der Mur, Baumeisterarbeiten" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstrasse 1, 1030 Wien, über die Anträge der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 27.4.2009, verbessert eingebracht am 28.4.2009, wie folgt entschieden:

### Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung der Auftraggeberin, unser Angebot aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden, für nichtig erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung, den Zuschlag der Fa. B\*\*\* zu erteilen, für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

III.römisch drei.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle der Antragstellerin den Ersatz der Gebühren, darin enthalten auch der Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, durch die Auftraggeberin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zuzuerkennen", wird abgewiesen.

#### Begründung

##### 1. 1.Ziffer eins

##### Sachverhalt:

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird als Teil eines Gesamtvorhabens als offenes Verfahren (Bauftrag im Oberschwellenbereich) durchgeführt. Die EU-weite Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU erfolgte am 22.1.2009 unter 2009/S 15-020989.

Auftraggeber und vergebende Stelle ist die Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H. (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien.

Zur Angebotsprüfung wurde die C\*\*\*, herangezogen.

Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Zuschlagskriterien sind der Gesamtpreis (Gewichtung mit 98%) und die angebotene Gewährleistungsfrist (Gewichtung mit 2%).

Alternativangebote waren in der Ausschreibung nicht zugelassen.

Die Angebotsöffnung erfolgte am 13.2.2009.

Insgesamt gaben neun Bieter, darunter die A\*\*\* (im Folgenden Antragsteller) und die B\*\*\* (im Folgenden präsumtiver Zuschlagsempfänger), Angebote ab. Der Gesamtangebotspreis des Antragstellers beträgt Euro 2.959.049,74 exkl. USt., der Gesamtangebotspreis des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers beträgt Euro 3.067.227,69 exkl. USt..

Sowohl der Antragsteller als auch der präsumtive Zuschlagsempfänger boten eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist um weitere drei Jahre an.

Unter Positionsnummer 01 07 19 des Leistungsverzeichnisses (LV) der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung waren Dämmungen und Einlagen ausgeschrieben.

Die Positionsnummer 01 07 19 73 ZA des Leistungsverzeichnisses hat folgendes Erscheinungsbild:

"01 07 19 73 ZA Schießraum, Schleuse, Lagerraum

Erdarbeiten (Baugrubenaushub) = 1000m<sup>3</sup>

Fundamentplatte = 60m<sup>3</sup>

Dämm. Unter Fund.platte XPS-G 10cm leitprod.Floormate

700-A = 193m<sup>2</sup>

Ang. Erzeugnis ...

Schalung = 8,5m<sup>2</sup>

Rundstahl Bst 550 = 2100kg

Matten M550 = 3600kg

Distanzreifen = 300kg

Außenwandbeton = 25m<sup>3</sup>

Innenwandbeton = 35m<sup>3</sup>

Schalung Sichtbeton S1 =  $200+280 = 480\text{m}^2$

Rundstahl Bst 550 =  $200+245 = 445\text{kg}$

Matten M550 =  $450+525 = 975\text{kg}$

Distanzreifen =  $38+53 = 92\text{kg}$

Betonstütze =  $1,5\text{m}^3$

Schalung =  $5,5\text{m}^2$

Rundstahl Bst 550 =  $420\text{kg}$

Bodenabdichtung =  $193\text{m}^2$

Estrich 6,0cm Dick =  $165\text{m}^2+0,06\text{m} = 10\text{m}^3$

Beschüttung geb. 5cm Dick =  $8,5\text{m}^3$

Dampfbremse PE 0,02 =  $330\text{m}^2$

EPS W20 4cm Dick =  $165\text{m}^2$

TDPT 30/30, 3,0 cm Dick =  $165\text{m}^2$

Lohn: \_\_\_\_\_

Sonstiges: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

1,00 PA Einheitspreis: \_\_\_\_\_ EUR \_\_\_\_"

In Bezug auf das verfahrensgegenständliche Gewerk war der Antragsteller in einem Telefonat an die C\*\*\* (D\*\*\*) mit Fragen zu verschiedenen Positionen der Ausschreibung herangetreten. Das Thema LV-Position "Schießraum, Lagerraum, Schleuse" wurde dabei an den Auftraggeber nicht herangetragen. D\*\*\* erstellte zu dem von ihm mit dem Antragsteller geführten Telefonat eine Telefonnotiz vom 12.2.2009, in die die im Telefonat mit dem Antragsteller behandelten Themen aufgenommen wurden. Das Thema LV-Position "Schießraum, Lagerraum, Schleuse" scheint in dieser Telefonnotiz nicht auf. Weitere Telefonate mit dem Antragsteller zum verfahrensgegenständlichen Gewerk fanden nicht statt.

Im Leistungsverzeichnis des Angebotes des Antragstellers vom 13.2.2009 wurden unter dieser Leistungsposition im Text des Leistungsverzeichnisses sowohl Streichungen als auch Ergänzungen vorgenommen (Streichung des ausgeschriebenen Leitproduktes Floormate 700-A=193 m<sup>2</sup>, Streichung der Wörter "Schleuse, Lagerraum" in der ersten Positionszeile, Einfügung des Wortes "NUR" vor dem Wort "Schießraum" und seitlicher Vermerk "PAUSCHALE MASSEN NUR SCHIESSRAUM", siehe hierzu im Einzelnen unter Rechtliche Beurteilung, Pkt. 2.B.a).

Der Angebotspreis des Antragstellers zur LV-Position 01 07 19 73 ZA beträgt Euro 18.390,--(exkl. Ust), die Angebotspreise aller anderen Bieter zu dieser Leistungsposition betragen ausnahmslos mehr als das Doppelte bis mehr als das Zweieinhalbfache des Positionspreises des Antragstellers.

Im schriftlichen Prüfbericht der Angebotsprüfung der C\*\*\* vom 13.3.2009 ist bezüglich des Angebotes des Antragstellers u.a. vermerkt, dass laut § 106 Abs. 1 BVergG der vorliegende Text weder verändert noch ergänzt werden darf und vom Antragsteller Korrekturen in kostenrelevanten Positionen vorgenommen wurden. Die C\*\*\* schlug dem Auftraggeber in ihrem Prüfbericht das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers vor und erstattete in weiterer Folge den Vergabevorschlag zugunsten des Angebotes der B\*\*\*. Im schriftlichen Prüfbericht der Angebotsprüfung der C\*\*\* vom 13.3.2009 ist bezüglich des Angebotes des Antragstellers u.a. vermerkt, dass laut Paragraph 106, Absatz eins, BVergG der vorliegende Text weder verändert noch ergänzt werden darf und vom Antragsteller Korrekturen in kostenrelevanten Positionen vorgenommen wurden. Die C\*\*\* schlug dem Auftraggeber in ihrem Prüfbericht das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers vor und erstattete in weiterer Folge den Vergabevorschlag zugunsten des Angebotes der B\*\*\*.

Der Auftraggeber setzte den Antragsteller vom beabsichtigten Ausscheiden seines Angebotes vorab telefonisch in Kenntnis. Der Rechtsvertreter des Antragstellers richtete hierauf ein Schreiben vom 17.3.2009 an den Auftraggeber, in

welchem ausgeführt wurde, dass der Antragsteller zu sämtlichen angebotenen Preisen stehe, insbesondere auch zu dem in der Position 01 07 19 73 ZA angebotenen Einheitspreis für Schießraum, Schleuse und Lagerraum. Weiters wurde in diesem Schreiben darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber gemäß den §§ 126, 127 BVergG verpflichtet sei, dem Antragsteller Gelegenheit zur schriftlichen oder mündlichen Aufklärung zu geben, wenn er die Auffassung vertrete, dass das Angebot des Antragstellers hinsichtlich dieser Position oder auch anderer Positionen, in denen zur Präzisierung Produktnamen angeführt worden seien, mangelhaft oder unklar sei. Der Auftraggeber setzte den Antragsteller vom beabsichtigten Ausscheiden seines Angebotes vorab telefonisch in Kenntnis. Der Rechtsvertreter des Antragstellers richtete hierauf ein Schreiben vom 17.3.2009 an den Auftraggeber, in welchem ausgeführt wurde, dass der Antragsteller zu sämtlichen angebotenen Preisen stehe, insbesondere auch zu dem in der Position 01 07 19 73 ZA angebotenen Einheitspreis für Schießraum, Schleuse und Lagerraum. Weiters wurde in diesem Schreiben darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber gemäß den Paragraphen 126, 127, BVergG verpflichtet sei, dem Antragsteller Gelegenheit zur schriftlichen oder mündlichen Aufklärung zu geben, wenn er die Auffassung vertrete, dass das Angebot des Antragstellers hinsichtlich dieser Position oder auch anderer Positionen, in denen zur Präzisierung Produktnamen angeführt worden seien, mangelhaft oder unklar sei.

Die Zuschlagsentscheidung erging zugunsten des Angebotes der B\*\*\* und wurde dem Antragsteller wie auch den anderen Bietern mit Schreiben vom 21.4.2009 mitgeteilt. In demselben Schreiben wurde der Antragsteller vom Ausscheiden seines Angebotes in Kenntnis gesetzt und hierfür begründend angeführt, dass in den Positionen 01 07 19 73 ZA, 01 12 13 04 G, 02 12 12 07 H, 02 12 13 04 G, 03 12 13 04 G und 04 12 12 07 H unzulässige Streichungen in den Positionstexten vorgenommen worden seien, sodass daraus zu erkennen sei, dass sich die Fa. A\*\*\* nicht an die vom Auftraggeber festgelegten Vorgaben binden möchte und somit in diesen Punkten ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorliege. Das Angebot sei daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Die Zuschlagsentscheidung erging zugunsten des Angebotes der B\*\*\* und wurde dem Antragsteller wie auch den anderen Bietern mit Schreiben vom 21.4.2009 mitgeteilt. In demselben Schreiben wurde der Antragsteller vom Ausscheiden seines Angebotes in Kenntnis gesetzt und hierfür begründend angeführt, dass in den Positionen 01 07 19 73 ZA, 01 12 13 04 G, 02 12 12 07 H, 02 12 13 04 G, 03 12 13 04 G und 04 12 12 07 H unzulässige Streichungen in den Positionstexten vorgenommen worden seien, sodass daraus zu erkennen sei, dass sich die Fa. A\*\*\* nicht an die vom Auftraggeber festgelegten Vorgaben binden möchte und somit in diesen Punkten ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorliege. Das Angebot sei daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen.

Mit Schriftsatz vom 27.4.2009, verbessert eingebracht am 28.4.2009, brachte die A\*\*\*, einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt I und II wiedergegeben. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 5.5.2009, N/0040-BVA/14/2009-EV10, insoweit stattgegeben wurde, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 9.6.2009, die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Weiters begehrte der Antragsteller, ihm den Ersatz der Pauschalgebühren zuzuerkennen (siehe Spruchpunkt III). Mit Schriftsatz vom 27.4.2009, verbessert eingebracht am 28.4.2009, brachte die A\*\*\*, einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt römisch eins und römisch zwei wiedergegeben. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 5.5.2009, N/0040-BVA/14/2009-EV10, insoweit stattgegeben wurde, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 9.6.2009, die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Weiters begehrte der Antragsteller, ihm den Ersatz der Pauschalgebühren zuzuerkennen (siehe Spruchpunkt römisch drei).

In seinem Schriftsatz vom 27.4.2009 brachte der Antragsteller zusammengefasst vor:

Der Auftraggeber Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG) habe mit gemeinschaftsweiter Veröffentlichung Baumeisterarbeiten für den Zu- und Umbau der HBLF Bruck an der Mur in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Zuschlagskriterien seien der Preis (98%) und die Gewährleistungsfrist (2%).

Die Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge sei mit 13.2.2009, 10.00 Uhr, festgesetzt gewesen.

Der Antragsteller habe fristgerecht ein firmenmäßig und rechtsgültig gefertigtes Angebot abgegeben.

Mit Schreiben vom 21.4.2009 habe ihm der Auftraggeber mitgeteilt, dass sein Angebot ausgeschieden worden sei und beabsichtigt sei, den Zuschlag für den gegenständlichen Auftrag an die B\*\*\*, zu erteilen.

Der Antragsteller sei ein auf die Abwicklung von Aufträgen - wie den gegenständlichen - spezialisiertes Bauunternehmen und habe daher höchstes Interesse an einem Vertragsabschluss. Durch das rechtswidrige Ausscheiden seines Angebotes und die beabsichtigte Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter würde er die Möglichkeit verlieren, den Auftrag zu erlangen. Dadurch würden ihm ein Gewinn bzw. ein Deckungsbeitrag von zumindest Euro 5.000,-- entgehen und wären jene Kosten frustriert, die bereits für die Bearbeitung der Ausschreibung entstanden seien. Der Schaden bestehe im drohenden Gewinnentgang und im Verlust einer Referenz.

Durch die rechtswidrigen Entscheidungen des Auftraggebers sei der Antragsteller in seinem Recht auf Nichtausscheiden seines Angebotes, auf Erteilung des Zuschlages und auf Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens verletzt.

Der Auftraggeber habe die Ausscheidensentscheidung damit begründet, dass der Antragsteller in den Positionen

- -Strichaufzählung  
01 07 19 73 ZA
- -Strichaufzählung  
01 12 13 04 G
- -Strichaufzählung  
02 12 12 07 H
- -Strichaufzählung  
02 12 13 04 G
- -Strichaufzählung  
03 12 13 04 G und
- -Strichaufzählung  
04 12 12 07 H

der Ausschreibung unzulässige Streichungen vorgenommen habe, sodass daraus zu erkennen sei, dass sich der Antragsteller nicht an die vom Auftraggeber festgelegten Vorgaben binden wolle und somit in diesen Punkten ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorliege. Dies sei unrichtig, da der Antragsteller all diese Positionen ausgepreist habe und zu seinen Angebotspreisen stehe.

Die Position 01 07 19 73 ZA betreffe Arbeiten an einem Schießraum, einer Schleuse und einem Lagerraum. Es sei nicht erkennbar, weshalb der Auftraggeber beanstandete, dass bei dieser Position Streichungen vorgenommen worden seien. Es handle sich um eine "Pauschalpreisposition", die eine Vielzahl von einzelnen Leistungen und Massen beinhalte, wobei aber eben keine Einzelpositionen auszupreisen gewesen seien, sondern nur ein Positionsgesamtpreis anzugeben gewesen sei. Der Antragsteller habe einen Gesamtpreis angegeben. Dies bedeute, dass er die angeführten Arbeiten jedenfalls zu diesem Preis erbringen werde.

In den übrigen fünf vom Auftraggeber beanstandeten Positionen seien ebenfalls weder Streichungen noch sonstige Änderungen vorgenommen worden.

Bei all diesen Positionen EKV-5 sei vom Antragsteller der Vermerk "Aufzählung" hinzugefügt und jener Preis angesetzt worden, der im Verhältnis zur Ausführung nach EKV-4 aufzuzahlen wäre. Diese Angaben seien von ihm gemacht worden, da er vom Auftraggeber die Information erhalten habe, dass die Arbeiten nach EKV-4 und EKV-5 immer nur alternativ zur Ausführung gelangen könnten, da es sich dabei um die gleichen Abdichtungen, jedoch in unterschiedlicher Ausführung, handle. Diese Auskunft sei schlüssig gewesen und entspreche der Erfahrung des Antragstellers, da kein Gebäude an derselben Stelle zwei Abdichtungen in zwei Qualitäten benötige.

Wenn der Auftraggeber nunmehr die Auffassung vertrete, dass diese Positionen nicht als "Aufzählung" ausgepreist werden hätten dürfen, sondern der volle Preis anzusetzen gewesen wäre, so hätte er ihm nicht die Auskunft erteilen dürfen, dass die Positionen jeweils nur alternativ ausgeführt werden sollten. Der Auftraggeber hätte vielmehr eine Position, die er gar nicht zu vergeben beabsichtige, nicht in dieser Form ausschreiben dürfen.

Selbst wenn der Antragsteller anstelle des Aufzahlungspreises den vollen Positionspreis angegeben hätte, wäre sein Angebot nach wie vor das billigste und - zusammen mit dem Gewährleistungskriterium - das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot, dem der Zuschlag zu erteilen wäre.

Sofern die Korrektur eines - aus Verschulden des Auftraggebers (möglicherweise) fehlerhaften - Positionspreises wie hier zu keiner Änderung der Bieterreihung führe, sei davon auszugehen, dass es sich um einen behebbaren Mangel handle. Der Auftraggeber hätte dementsprechend das Angebot nicht gleich ausscheiden dürfen, selbst wenn er in dieser Position einen Mangel erblickt haben sollte.

Beim Angebot des Antragstellers handle es sich entgegen der Begründung des Auftraggebers nicht um ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot iSd § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG. Beim Angebot des Antragstellers handle es sich entgegen der Begründung des Auftraggebers nicht um ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG.

Sofern der Auftraggeber im Angebot des Antragstellers in diesen Positionen Unklarheiten erblickt haben sollte, hätte er den Antragsteller gemäß den §§ 126, 127 BVergG zur Aufklärung dieser Unklarheiten aufzufordern gehabt. Dies habe der Auftraggeber nicht getan, obwohl der Antragsteller ihn dazu sogar schriftlich aufgefordert habe. All die vom Auftraggeber ins Treffen geführten angeblichen Unzulänglichkeiten im Angebot des Antragstellers wären einer Aufklärung zugänglich und zuzuführen gewesen, bevor der Auftraggeber eine Entscheidung über das Ausscheiden des Angebotes und damit eine unrichtige Zuschlagsentscheidung treffe. Hätte der Auftraggeber den Antragsteller gesetzeskonform zur Aufklärung aufgefordert, hätte dieser die Positionen entsprechend aufklären können und wäre sein Angebot nicht ausgeschieden worden. Die Ausscheidensentscheidung sei daher auch in Folge unterlassener Aufklärung nichtig. Wäre das Angebot des Antragstellers richtiger Weise nicht ausgeschieden und bei der Zuschlagsentscheidung berücksichtigt worden, wäre dem Antragsteller als Bestbieter der Zuschlag zu erteilen gewesen, weshalb auch die "Zuschlagserteilung" des Auftraggebers unrichtig und damit nichtig sei. Sofern der Auftraggeber im Angebot des Antragstellers in diesen Positionen Unklarheiten erblickt haben sollte, hätte er den Antragsteller gemäß den Paragraphen 126, 127, BVergG zur Aufklärung dieser Unklarheiten aufzufordern gehabt. Dies habe der Auftraggeber nicht getan, obwohl der Antragsteller ihn dazu sogar schriftlich aufgefordert habe. All die vom Auftraggeber ins Treffen geführten angeblichen Unzulänglichkeiten im Angebot des Antragstellers wären einer Aufklärung zugänglich und zuzuführen gewesen, bevor der Auftraggeber eine Entscheidung über das Ausscheiden des Angebotes und damit eine unrichtige Zuschlagsentscheidung treffe. Hätte der Auftraggeber den Antragsteller gesetzeskonform zur Aufklärung aufgefordert, hätte dieser die Positionen entsprechend aufklären können und wäre sein Angebot nicht ausgeschieden worden. Die Ausscheidensentscheidung sei daher auch in Folge unterlassener Aufklärung nichtig. Wäre das Angebot des Antragstellers richtiger Weise nicht ausgeschieden und bei der Zuschlagsentscheidung berücksichtigt worden, wäre dem Antragsteller als Bestbieter der Zuschlag zu erteilen gewesen, weshalb auch die "Zuschlagserteilung" des Auftraggebers unrichtig und damit nichtig sei.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 4.5.2009 zum Nachprüfungsantrag Stellung wie folgt:

Die BIG habe die Baumeisterarbeiten für den Zu- und Umbau der HBLF Bruck an der Mur in einem offenen Verfahren mit gemeinschaftsweiter Veröffentlichung ausgeschrieben.

Auf telefonische Anfrage des Antragstellers vom 12.2.2009 sei diesem mitgeteilt worden, dass die von ihm vorgenommenen Streichungen im Leistungsverzeichnis einer weitergehenden Prüfung unterzogen würden und eventuell zum Ausscheiden seines Angebotes führen würden.

Darauf sei ein Schreiben des Rechtsvertreters des Antragstellers vom 17.3.2009 beim Auftraggeber eingelangt, in welchem darauf hingewiesen worden sei, dass der Antragsteller zu sämtlichen angebotenen Preisen, insbesondere zu dem in der Position 01 07 19 73 ZA angebotenen Preis, stehen würde.

Mit Schreiben vom 21.4.2009 sei dem Antragsteller mitgeteilt worden, dass sein Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden sei, da aufgrund der in sechs Positionen vorgenommenen Streichungen ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorliege. Mit Schreiben vom 21.4.2009 sei dem Antragsteller mitgeteilt worden, dass sein Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden sei, da aufgrund der in sechs Positionen vorgenommenen Streichungen ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorliege.

Zur Position 01 07 19 73 ZA:

In dieser Position sei entsprechend den Angebotsbestimmungen ein Angebot für "Schießraum, Schleuse, Lagerraum" unter Angabe der notwendigen Massen gefordert gewesen. Entgegen dieser Festlegung habe der Antragsteller den Positionstext (Schleuse, Lagerraum) durchgestrichen und das Wort "nur" ergänzt, sowie seitlich handschriftlich den Text mit "Pauschale Massen nur Schießraum" ergänzt. Diese Änderungen seien vom Auftraggeber dahin gehend verstanden worden, wie sie von einem durchschnittlich sachkundigen Erklärungsempfänger zu verstehen gewesen seien; nämlich dass der Antragsteller damit unmissverständlich zu erkennen gegeben habe, lediglich ein Angebot für den Schießraum und kein Angebot für Schleuse und Lagerraum gelegt zu haben.

Zu der im Schreiben des Rechtsvertreters geforderten Aufklärungsmöglichkeit sei anzuführen, dass eine Aufklärung nur dann erforderlich sei, wenn Zweifel über den Inhalt des vom Bieter gelegten Angebotes bestünden. Sei der objektive Gehalt einer Erklärung jedoch eindeutig, könne eine nachträgliche Aufklärung entfallen, da das Ergebnis der Aufklärung lediglich eine unzulässige Abänderung des eindeutig erklärten Willens sein könne. Der Bieter sei im offenen Verfahren nach Abgabe seines Angebotes an die Erklärungen seines Angebotes gebunden. Eine solche nachträgliche Abänderung des Angebotes verletze den Gleichbehandlungsgrundsatz und verstoße gegen das im offenen Verfahren bestehende Verhandlungsverbot und sei unzulässig. Der objektive Erklärungswert der in der Position 01 07 19 73 ZA vorgenommenen Änderungen der Ausschreibungsunterlage sei, dass sich das Angebot nur auf den Schießraum beziehe und kein Angebot für die Schleuse und den Lagerraum gelegt worden sei.

Das Vorbringen des Antragstellers im Hinblick auf die Möglichkeit einer Aufklärung gemäß § 126 BVergG sei auch insofern verfehlt, als mit der vom Antragsteller geforderten Aufklärung gegen das Verbot der nachträglichen Angebotsänderung verstoßen werden hätte müssen. Der objektive Erklärungswert sei eindeutig gewesen, sodass mit einer Aufklärung jedenfalls eine unzulässige Änderung des Angebotes verbunden gewesen wäre. Das Vorbringen des Antragstellers im Hinblick auf die Möglichkeit einer Aufklärung gemäß Paragraph 126, BVergG sei auch insofern verfehlt, als mit der vom Antragsteller geforderten Aufklärung gegen das Verbot der nachträglichen Angebotsänderung verstoßen werden hätte müssen. Der objektive Erklärungswert sei eindeutig gewesen, sodass mit einer Aufklärung jedenfalls eine unzulässige Änderung des Angebotes verbunden gewesen wäre.

Zu den Positionen 01 12 13 04 G, 02 12 12 07 H, 02 12 13 04 G, 03 12 13 04 G, 04 12 12 07 H:

Der Antragsteller habe das in diesen Positionen jeweils ausgeschriebene Produkt gestrichen und das Wort "Aufzählung" ergänzt. In der Ausschreibung seien mit den oben wiedergegebenen Leistungspositionen Angebote für eine "lotrechte Abdichtung auf Wandflächen" in der Ausführung EKV-5 gefordert gewesen. In der jeweils nächstfolgenden Position sei die "lotrechte Abdichtung auf Wandflächen" in der Ausführung EKV-4 gefordert gewesen. Insgesamt sei daher eine zweilagige Abdichtung ausgeschrieben gewesen, die zumeist bei bindigen Böden bevorzugt werde und keine alternative Ausführung, wie vom Antragsteller behauptet werde. Mangels Anfechtung seien die Ausschreibungsunterlagen bestandfest geworden und sowohl Auftraggeber als auch Bieter an die darin festgelegten Bestimmungen gebunden. Das Argument des Antragstellers, die Positionen hätten aufgrund der vorrausichtlichen Umsetzung in dieser Form nicht ausgeschrieben werden dürfen, gehe ins Leere. Unrichtig sei insbesondere die Behauptung, dass der Auftraggeber eine Aufklärung dahin gehend erteilt habe, dass die Positionen jeweils nur alternativ zur Ausführung gelangen sollten, da, wie oben ausgeführt, bei bindigen Böden und drückenden Wassers beide Dichtungen nebeneinander einzusetzen seien und eine doppelte Abdichtung erforderlich sei.

Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen seien in den betreffenden Positionen Angebote sowohl für die Ausführung in EKV-4 als auch für die Ausführung in EKV-5 zu legen gewesen. Mit der Streichung der Position, in der ein Angebot für EKV-5 gefordert gewesen sei und der Ergänzung der Worte "Aufzählung" durch den Antragsteller liege nunmehr für diese Positionen kein vergleichbares Angebot vor. Der Grundsatz der Gleichbehandlung erfordere jedoch, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen entsprechen würden, damit ein objektiver Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter gewährleistet sei.

Im Hinblick auf die oben genannten Streichungen des Antragstellers sei das Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Im Hinblick auf die oben genannten Streichungen des Antragstellers sei das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen.

Darüber hinaus sei in den Positionen 01 07 01 90 A, 01 12 15 03 E, 02 12 15 03 E und 03 07 01 90 A vom Antragsteller jeweils das Leitprodukt durchgestrichen und lediglich der Zusatz "XPS-G" bzw. in der Position 01 07 01 90 A der Zusatz

"XPS-500" eingefügt worden.

Unter XPS-G verstehe man Platten mit einer glatten Oberfläche, abgestuft nach Belastbarkeitsgruppen. Ohne Angaben von Zusatzbezeichnungen verstehe ein sachkundiger Erklärungsempfänger unter der Bezeichnung "XPS-G" das Produkt in der Standardausführung, welches eine Druckfestigkeit/Druckspannung von 300kPa aufweise.

Ausgeschrieben und daher anzubieten gewesen sei jedoch ein Produkt, welches eine Druckfestigkeit/Druckspannung von 700kPa aufweise.

Die zu diesen Positionen angebotene Ausführung des Antragstellers sei daher der ausgeschriebenen Ausführung nicht gleichwertig gewesen. Bei fehlender Gleichwertigkeit des angebotenen Produktes sei ein Angebot auszuschneiden, sofern der Bieter nicht im Begleitschreiben oder in der Ausschreibung ausdrücklich darauf hinweise, dass er alternativ (für den Fall, dass das von ihm angebotene gleichwertige Produkt nicht akzeptiert werde) auch das ausgeschriebene Erzeugnis zu liefern bereit sei. Durch das Streichen des Leitproduktes erkläre der Antragsteller jedoch eindeutig, dass er dieses nicht anbiete und sei auch im Begleitschreiben eine entsprechende Aufklärung nicht enthalten. Bei nicht vorliegender Gleichwertigkeit des angebotenen Produktes sei das Angebot des Antragstellers zwingend auszuschneiden, da es infolge der vorgenommenen Streichungen an der Erklärung fehle, in einem solchen Fall das Leitprodukt anzubieten.

Das Angebot des Antragstellers sei daher zu Recht ausgeschieden worden.

Mit Schriftsatz vom 11.5.2009 erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen iSd § 324 Abs. 3 BVergG 2006 und brachte zusammengefasst vor: Mit Schriftsatz vom 11.5.2009 erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen iSd Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 und brachte zusammengefasst vor:

Gemäß § 106 Abs. 1 BVergG habe sich der Bieter im offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text dürfe weder geändert noch ergänzt werden. Gemäß Paragraph 106, Absatz eins, BVergG habe sich der Bieter im offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text dürfe weder geändert noch ergänzt werden.

In diesem Zusammenhang habe das BVA bereits ausgesprochen, dass sich ein Bieter im Hinblick auf die Nichtvorlage von Kalkulationsformblättern K 4 nicht auf die Ableitbarkeit der darin enthaltenen Angaben aus anderen vorgelegten Kalkulationsblättern berufen könne (BVA 11.5.2005, 17N-23/05- 40).

Auf die gegenständliche Auspreisung durch den Antragsteller übertragen, wonach dieser bei der Auspreisung der EKV-5-Positionen indirekt auf die Auspreisung der EKV-4-Positionen verweise und in die Bieterlücken lediglich den Aufpreis mit dem entsprechenden Vermerk "Aufzahlung" eingesetzt habe, bedeute dies, dass der Antragsteller den vorgeschriebenen Text der Ausschreibungsunterlagen geändert bzw. ergänzt habe.

Der Auftraggeber habe aber in den Ausschreibungsunterlagen nicht nach der Aufzahlung und damit der Differenz zwischen den Preisen der EKV-5- Positionen im Vergleich zu den EKV-4-Positionen, sondern vielmehr nach den vollumfänglichen Preisen der betreffenden Positionen gefragt. Daran könne auch der Umstand nichts ändern, dass der Auftraggeber nach der Behauptung des Antragstellers die Auskunft erteilt haben solle, dass die Arbeiten nach EKV-4 und EKV-5 nur alternativ zur Ausführung gelangen könnten. Dieser Auskunft seien keine Anhaltspunkte zu entnehmen, welche den Antragsteller darin gehindert hätten, in die betroffenen Bieterlücken der EKV-5- Positionen die vollumfänglichen Preise und nicht nur die Aufpreise, einzusetzen.

Die Abweichung des Antragstellers führe auch dazu, dass sein Angebot mit den Angeboten der Mitbieter ohne zusätzliche Rechenschritte durch den Auftraggeber nicht direkt verglichen werden könne.

An der Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers sei daher nichts Rechtswidriges zu erkennen.

In einer Replik vom 12.5.2009 zur Stellungnahme des Auftraggebers vom 4.5.2009 brachte der Antragsteller vor:

Zu Pos. 01 07 19 73 ZA:

Entgegen den Ausführungen des Auftraggebers wäre die vom Antragsteller in dieser Position vorgenommene Präzisierung sehr wohl einer Aufklärung zugänglich gewesen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter wäre dadurch keinesfalls verletzt worden. Bei dieser Position handle es sich um eine Pauschalpreisposition mit

vorgegebenen Massen.

Durch die Auspreisung dieser Position habe der Antragsteller dem Auftraggeber jenen Preis genannt, zu dem er bereit sei, diese Position mit den angeführten Massen - die er nicht gestrichen habe - auszuführen. Sein Erklärungswille sei daher, die vom Auftraggeber genannten Bauvolumina zum von ihm angegebenen Preis zu errichten, ganz gleich ob es sich hierbei nur um einen Schießraum oder auch um einen Lagerraum oder um eine Schleuse handle.

In dieser Position habe der Antragsteller deshalb eine Streichung vorgenommen, weil die Ausschreibung in diesem Punkt nicht präzise sei und mehrere Interpretationen zulasse. Einerseits seien die vom Auftraggeber angeführten Massen selbst für die Errichtung des gesamten Bauteiles Schießraum/Lagerraum/Schleuse bei weitem zu hoch. Andererseits seien Schießraum und die Lagerräume laut Plandarstellung nebeneinander so situiert, dass sie an das Hauptgebäude der Länge nach anschließen würden. Daraus folge aber, dass bei der Berechnung der Massen für den Bauteil Schießraum/Lagerraum/Schleuse zu berücksichtigen gewesen wäre, dass zumindest eine Längswand des Schießraumes dem Hauptgebäude zuzurechnen sei, an welches der Schießraum angebaut werden solle.

Die Beurteilung des Antragstellers sei daher gewesen, dass die Außenwand des Hauptgebäudes, an die auch der Schießraum angrenze, in den Massen für den Lagerraum und die Schleuse nochmals enthalten sei. Durch seine Streichung habe der Antragsteller zum Ausdruck gebracht, dass einzelne Bauteile dieser Position, nämlich die Schleuse und der Lagerraum de facto zweifach ausgeschrieben worden seien.

Tatsache sei, dass der Antragsteller die in dieser Position angeführten Bauteile zu dem von ihm eingesetzten Preis errichten werde. Wenn der Auftraggeber, der sich seinerseits selbst einer unklaren Formulierung in der Ausschreibung bedient habe, nun seinerseits in der Angebotsposition des Antragstellers eine Unklarheit erblickt habe, hätte er den Antragsteller zumindest zur Aufklärung aufzufordern gehabt. Dies habe der Auftraggeber unterlassen. Da die Entscheidung daher unrichtig sei, könne die Ausscheidensentscheidung nicht auf dieses Argument gestützt werden.

Zu Pos. 01 12 13 04 G (et.al.):

Das Vorbringen des Auftraggebers zu den Positionen "lotrechte Abdichtung auf Wandflächen" widerspreche jenen Auskünften, die der Antragsteller in der Ausschreibungsphase vom Auftraggeber bekommen habe.

Grundsätzlich würden derartige Abdichtungen der Qualitäten EKV-4 und EKV-5 nicht übereinander angebracht werden. Es treffe aber zu, dass bei bindigen Böden, also Böden, die Wasser schlecht ableiten und in denen ein erhöhter Wasserdruck auf Außenwände entstehe, diese Abdichtungen fallweise kombiniert angebracht würden. Für das zu errichtende Bauwerk existiere allerdings ein Bestandteil der Ausschreibung bildendes Bodengutachten, aus dem sich ergebe, dass der Baugrund nicht bindig sei, sondern vorwiegend aus Schotter bestehe und eine gute Ableitung des Wassers gewährleiste.

Der Antragsteller habe sich deshalb telefonisch an das vom Auftraggeber beauftragte Architekturbüro C\*\*\* gewendet. Ein Mitarbeiter des Architekturbüros habe ihm bestätigt, dass die Abdichtungspositionen voraussichtlich nur einlagig zur Ausführung kommen würden. Darauf angesprochen, ob die Position nur als Aufzählungsposition ausgepreist werden könne, habe der Mitarbeiter des Architekturbüros dies dem Antragsteller freigestellt.

Die Begründung der Ausscheidensentscheidung könne daher auch nicht darauf gestützt werden, dass der Antragsteller diese Position nicht richtig ausgepreist habe, wenn ihm zuvor von Auftraggeberseite nicht mitgeteilt worden sei, dass diese Form der Auspreisung unerwünscht sei.

Selbst wenn diese Positionen zur lotrechten Abdichtung - entgegen den Auskünften des Auftraggebers - gesondert auszupreisen gewesen wären, wäre sein Angebot dennoch das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot geblieben. Auch bei voller preislicher Berücksichtigung beider Abdichtungsvarianten in allen vom Auftraggeber genannten Positionen hätte sich kein Bietersturz ergeben.

Der Auftraggeber hätte den Antragsteller auch zu diesen Positionen wenigstens zu einer Aufklärung aufzufordern gehabt und sein Angebot nicht ohne weiteres ausscheiden dürfen.

Zu Pos. 01 07 01 90 A (et.al.):

Der vom Auftraggeber nunmehr angeführte weitere Ausscheidensgrund der mangelnden Gleichwertigkeit in den Positionen betreffend das Dämmmaterial liege ebenfalls nicht vor.

Das vom Antragsteller in dieser Position angebotene Produkt XPS-G sage über die Belastbarkeitsqualität dieser

Dämmplatten überhaupt nichts aus. Der Buchstabe "G" bedeute ausschließlich, dass die Oberfläche dieser Platten glatt sei und wäre vom Antragsteller in der jeweils vom Auftraggeber gewünschten Belastbarkeit ausgeführt worden.

Wenn der Auftraggeber eine bestimmte Belastbarkeit wünsche, so hätte er diese Belastbarkeit auch anführen müssen und nicht nur ein "Leitprodukt" ausschreiben dürfen.

Der Antragsteller könne nachweisen, dass das von ihm angebotene Produkt XPS-500 dem vom Auftraggeber genannten Leitprodukt Floormate an den jeweiligen für den Einbau vorgesehenen Stellen absolut gleichwertig sei, da das vom Antragsteller angebotene Produkt sämtliche an diesen Stellen auftretenden (Höchst)Lasten aufnehmen und abtragen könne.

Der Auftraggeber hätte das Angebot des Antragstellers daher auch aus diesem Grund nicht einfach ausscheiden dürfen, sondern ihm zumindest Gelegenheit zum Nachweis der Gleichwertigkeit geben müssen.

In einer Replik vom 19.5.2009 zur Replik des Antragstellers vom 12.5.2009 brachte der Auftraggeber ergänzend Folgendes vor:

Zur Pos. 01 07 19 73 ZA:

Sofern - wie der Antragsteller nunmehr vorbringe - aus seiner Sicht eine Berichtigung der Ausschreibung wegen einer Unklarheit des Bedeutungsinhaltes der ausgeschriebenen Positionen und Massen erforderlich gewesen wäre, hätte er dies dem Auftraggeber gemäß § 106 Abs. 6 BVergG mitteilen bzw. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens anstrengen müssen. Dies sei nicht erfolgt. Sofern - wie der Antragsteller nunmehr vorbringe - aus seiner Sicht eine Berichtigung der Ausschreibung wegen einer Unklarheit des Bedeutungsinhaltes der ausgeschriebenen Positionen und Massen erforderlich gewesen wäre, hätte er dies dem Auftraggeber gemäß Paragraph 106, Absatz 6, BVergG mitteilen bzw. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens anstrengen müssen. Dies sei nicht erfolgt.

Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen würden jedenfalls nicht zu eigenmächtigen Streichungen berechtigen, die letztlich dazu führen würden, dass ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorliege. Mangels einer entsprechenden Änderung der Ausschreibungsbestimmungen seien die Festlegungen in der Ausschreibung bestandfest geworden und sowohl für Auftraggeber als auch Bieter bindend.

Die Überlegungen des Antragstellers seien weiters insgesamt nicht nachvollziehbar und nicht schlüssig. Insbesondere sei die Argumentation widersprüchlich, dass der Antragsteller die Streichungen u.a. aus dem Grund durchgeführt haben will, da aus seiner Sicht einzelne Bauteile doppelt ausgeschrieben worden seien, andererseits aber betont, die Massen nicht gestrichen zu haben und mit dem angebotenen Preis die gesamten Bauvolumina errichten zu wollen. Auch die gutleserliche Handschrift "Pauschale Massen nur Schießraum" würde gegen die nunmehrige Argumentationslinie des Antragstellers sprechen.

Vom objektiven Erklärungswert der vom Antragsteller vorgenommenen Streichungen und Ergänzungen ausgehend, sei vielmehr eindeutig, dass tatsächlich nur ein Angebot für den Schießraum gelegt worden sei. Unter Zugrundelegung des BVergG könne eine Verbesserbarkeit des Mangels nicht angenommen werden, da dem Antragsteller damit die Möglichkeit gegeben würde, unzulässiger Weise nachträglich ein Angebot für Lagerraum und Schleuse zu legen.

Zu den Streichungen in den fünf Dichtungspositionen (01 12 13 04 G et.al.):

Wie bereits ausgeführt, sei in den betreffenden Positionen insgesamt eine zweilagige Abdichtung in der Qualität EKV-4 und EKV-5 ausgeschrieben und diese entsprechend den Vorgaben in der Ausschreibung auch auszupreisen gewesen. Der vom Antragsteller telefonisch kontaktierte Vertreter des Ausschreibers D\*\*\* (C\*\*\*) habe in dem vom Antragsteller erwähnten Telefonat auch klar zu verstehen gegeben, dass eine zweilagige Abdichtung wie ausgeschrieben angeboten und ausgeführt werden solle.

Zur mangelnden Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte des Antragstellers zur Position 01 07 01 90 A (et.al.):

Wie der Auftraggeber schon im Schriftsatz vom 4.5.2009 vorgebracht habe, habe der Antragsteller das Leitprodukt in diesen Positionen jeweils durchgestrichen und lediglich den Zusatz "XPS-G" bzw. in einer Position (01 07 01 90 A) "XPS-500" eingefügt.

Wie auch vom Antragsteller vorgebracht worden sei, verstehe man unter XPS-G Platten mit einer glatten Oberfläche und werde allein mit dieser Angabe über die Belastbarkeitsqualität der Dämmplatten keine Aussage getroffen.

In Fachkreisen werde unter "XPS-G" ohne Angaben von Zusatzbezeichnungen das Produkt in der Standardausführung, welches eine Druckfestigkeit/Druckspannung von lediglich 300kPa aufweise, verstanden.

Entgegen den Ausführungen des Antragstellers sei in der Ausschreibung die anzubietende Belastbarkeitsqualität durch Angabe des Leitproduktes (Floormate 700), welches eine Druckfestigkeit von 700kPa aufweise, definiert worden. Es sei daher "nicht nur ein Leitprodukt" ausgeschrieben worden, sondern damit die geforderte Belastbarkeitsqualität des anzubietenden Produktes konkretisiert worden. Dies sei für die angesprochenen Fachkreise üblich und wisse daher jeder Bieter, welche Qualität ein gleichwertiges Produkt haben müsse. Darüber hinaus definiere das Leitprodukt die in der Position 01 00 angeführten bauökologischen Vorgaben auf Positionsebene.

Das vom Antragsteller angebotene "Erzeugnis" XPS-G sei in Wirklichkeit lediglich eine Produktart und in der Standardausführung bzw. in der Ausführung XPS-500 dem ausgeschriebenem Leitprodukt "Floormate 700" nicht gleichwertig.

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers habe der Antragsteller in seinem Angebot gar kein Produkt angeboten. Bei einem Produkt handle es sich um eine eindeutig definierte Sache eines am Markt produzierenden Unternehmens. Von welchem Unternehmen die vom Antragsteller im Leistungsverzeichnis vermerkte Produktart XPS-G bzw. XPS-500 stamme, sei objektiv nicht nachvollziehbar und auch nicht überprüfbar. Insbesondere könne die Einhaltung der vorgegebenen bauökologischen Vorgaben (Position 01 00) nicht geprüft werden. Ein nachträgliches Benennen eines Produktes durch den Antragsteller verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und verschaffe dem Antragsteller unerlaubte Wettbewerbsvorteile gegenüber den Mitbietern. Durch die deutlichen Streichungen des Antragstellers und in Ermangelung eines Begleitschreibens, in dem der Antragsteller erklärt hätte, für den Fall der Nichtgleichwertigkeit des angebotenen Erzeugnisses das ausgeschriebene Produkt anzubieten, sei von einem nicht gleichwertigen Angebot auszugehen gewesen, welches ebenso zum Ausscheiden des Antragstellers führe.

Mit Schriftsatz vom 3.6.2009, beim Bundesvergabeamt eingebracht am 4.6.2009, erstattete der Auftraggeber eine weitere Stellungnahme.

Darin brachte der Auftraggeber zu Pos. 01 07 19 73 EZ ergänzend vor, dass die Massen nicht doppelt ausgeschrieben worden seien, da diese ergänzend zum Neubau (und nicht doppelt) erfasst worden seien. Dies deshalb, da die Entscheidung zur Errichtung des Schießraumes erst kurz vor Ausschreibung getroffen worden sei und die Kosten des Schießraumes gegenüber dem Besteller als gesonderte Kosten auszuweisen seien.

Zu den Abdichtungspositionen 01 12 13 04 G (et.al.) brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass der Ausschreibung - entgegen der Darstellung des Antragstellers - kein Bodengutachten beigelegt sei, dem zu entnehmen wäre, dass nicht-bindige Böden vorliegen würden und eine doppelte Abdichtung daher nicht notwendig sei. Bei den der Ausschreibung beigelegten Unterlagen handle es sich um kein Bodengutachten, sondern seien in den Unterlagen lediglich Aussagen betreffend die "statische" Qualität des Baugrundes auf der Grundlage der durch den Statiker entnommenen (Einzel)"Schürfproben" getroffen worden.

Am 4.6.2009 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien ergänzend vorbrachten:

- -Strichaufzählung

Zur LV-Position "Schießraum, Lagerraum, Schleuse":

Der Antragsteller (F\*\*\*) verwies nochmals darauf, dass die vorgenommenen Streichungen Klarstellungen bedeuten würden.

Auf Befragen, ob der Antragsteller im Hinblick auf seine Auffassung, dass der LV-Text in dieser Position nicht mit der Plandarstellung übereinstimme und die Ausschreibung mehrere Interpretationen zugelassen habe, mit dem Auftraggeber Kontakt aufgenommen habe, gab F\*\*\* an, dass in mehreren Punkten mit dem Auftraggeber in Kontakt getreten worden sei, er sich jedoch nicht mehr genau erinnern könne, ob dies auch in diesem Punkt der Fall gewesen sei.

E\*\*\* (C\*\*\*) gab zu Protokoll, dass der Antragsteller mit dem Architekturbüro nur im Hinblick auf die in der Telefonnotiz vom 12.2.2009 aufscheinenden Themen Kontakt aufgenommen habe und das Thema LV-Position "Schießraum, Lagerraum, Schleuse" nicht vorgebracht worden sei. D\*\*\*, der das Telefonat mit dem Antragsteller geführt und danach die Telefonnotiz vom 12.2.2009 erstellt hatte, bestätigte dies.

Auf Vorhalt der Vorsitzenden, wonach die Angebotsbestimmungen eine schriftliche Kontaktaufnahme mit dem Auftraggeber vorsehen würden, im Falle dass ein Bieter Unklarheiten oder Widersprüche in den Ausschreibungsbestimmungen zu erkennen glaube, gab F\*\*\* zu Protokoll, dass dies bei einer Ausschreibung bei zahlreichen Bestimmungen der Fall wäre, sodass "man mit dem Telefonieren nicht mehr fertig würde".

Bei einer derartig geringfügigen Klarstellung sei es, so F\*\*\*, seiner Auffassung nach möglich, die erforderlich erachteten Korrekturen im LV-Text durch den Bieter selbst durchzuführen und könne dies in einer Nachbesprechung aufgeklärt werden.

DI Kleiner hielt fest, dass der Vermerk "Pauschale Massen nur Schießraum" bedeute, dass sich der angebotene Pauschalpreis nur auf den Schießraum beziehe, die Massen für Lagerraum und Schleuse jedoch nach Aufwand gesondert verrechnet werden können.

F\*\*\* bestätigte dies.

E\*\*\* erläuterte unter Verweis auf den Auftraggeberschriftsatz vom 3.6.2009, dass die Entscheidung zur Errichtung der gesamten Gruppe (Schießraum, Lagerraum und Schleuse) erst später getroffen und daher ein Mengengerüst an Massen als Basis für den Bieter ausgeschrieben worden sei. Die vom Antragsteller vorgenommenen Streichungen hätten das vorgegebene Mengengerüst entkräftet und würden bedeuten, dass nur mehr der Schießraum als Positionspreis vorliege.

E\*\*\* bestätigte auf Frage der Vorsitzenden, dass keiner der anderen acht Bieter in Bezug auf die betreffende LV-Position mit einem Problem an ihn heran getreten sei. F\*\*\* wendete hierauf ein, "dass sich dies eben keiner genau angeschaut habe".

D\*\*\* bestätigte, dass es außer dem einen von ihm protokollierten Telefonat zum gegenständlichen Gewerk mit dem Antragsteller keine weiteren Telefonate gegeben habe.

Zum Vorhalt, dass alle anderen acht Bieter zur betreffenden LV-Position einen Positionspreis in mehr als doppelter Höhe als der Antragsteller angeboten haben, gab F\*\*\* zu Protokoll, dass er sich diese Preisgestaltung nicht erklären könne.

- -Strichaufzählung

Zu den Änderungen im Angebot des Antragstellers betreffend die 5 Abdichtungspositionen:

F\*\*\* merkte an, dass ihm die lokalen Verhältnisse bekannt gewesen seien, er daher gewusst habe, dass an dieser Stelle keine zweilagige Abdichtung benötigt werde und er aus diesem Grund den Auftraggeber kontaktiert habe.

D\*\*\* gab zu Protokoll, F\*\*\* nicht die Auskunft erteilt zu haben, dass die beiden Ausführungen nur alternativ zur Ausführung gelangen würden. Er habe F\*\*\* mitgeteilt, dass laut Schürfproben eine zweilagige Abdichtung zwar nicht erforderlich sei, dies aber so ausgeschrieben worden sei. D\*\*\* hielt weiters fest, dass er sich nicht dazu geäußert habe, wie die Ausführung tatsächlich vorgenommen würde. D\*\*\* gab weiters zu Protokoll, dass er F\*\*\* die Auskunft erteilt habe, dass es ihm überlassen bleibe, wie das LV ausgepreist werde.

F\*\*\* bestätigte dies.

F\*\*\* und E\*\*\* gaben übereinstimmend an, dass in den Gesamtangebotspreis des Antragstellers nur die Aufzahlungspreise und nicht die Positionspreise für die EKV-5-Ausführungen in ihrem Vollumfang Eingang gefunden haben. Die Vorsitzende hielt fest, dass sich der Gesamtangebotspreis des Antragstellers geändert (erhöht) hätte, sofern die Positionspreise in ihrem Vollumfang und nicht nur als Aufzahlungspreise berücksichtigt worden wären.

F\*\*\* stellte dies nicht in Abrede.

- -Strichaufzählung

Zur Gleichwertigkeit von Dämmmaterial:

Der Auftraggeber verwies auf sein Schriftsatzvorbringen.

Der Antragsteller legte ein Schriftstück der G\*\*\* vom 11.2.2009 vor, wonach teilweise Dämmplatten mit einer Druckfestigkeit von 300 kPa vollkommen ausreichend seien. Für andere Verwendungszwecke und Bereiche wurden darin die Belastungserfordernisse mit 500 kPa bzw. 700 kPa angegeben.

Der Antragstellervertreter bestätigte auf Frage der Vorsitzenden, dass er mit dem Gebührenersatzanspruch nur die Pauschalgebühren beansprucht habe.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

A. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG im Oberschwellenbereich, der Teil des Gesamtbauvorhabens "Zu- und Umbau HBLF Bruck an der Mur" ist (vgl. §§ 12 Abs. 1 Z 3, 14 Abs. 1 u. 14 Abs. 3 BVergG). Der geschätzte Gesamtauftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 16.035.000,-- (exkl. USt.) angegeben. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Gewerkes "Baumeisterarbeiten" beträgt Euro 4.130.000,-- (exkl. USt.). Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG im Oberschwellenbereich, der Teil des Gesamtbauvorhabens "Zu- und Umbau HBLF Bruck an der Mur" ist vergleiche Paragraphen 12, Absatz eins, Ziffer 3, 14, Absatz eins, u. 14 Absatz 3, BVergG). Der geschätzte Gesamtauftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 16.035.000,-- (exkl. USt.) angegeben. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Gewerkes "Baumeisterarbeiten" beträgt Euro 4.130.000,- (exkl. USt.).

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen.

Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG eingebracht und erfüllt die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG eingebracht und erfüllt die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG.

Der Nachprüfungsantrag ist daher zulässig und das Bundesvergabeamt zu dessen Behandlung zuständig.

B. Zu den Anträgen im Einzelnen:

1. a) Litera a

Zu Spruchpunkt I:

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

Der Antragsteller hat - vom Durchstreichen des ausgeschriebenen Leitproduktes Floormate 700-A=193m<sup>2</sup> abgesehen - die LV-Pos. 01 07 19 73 ZA dergestalt abgeändert, dass er in der ersten Zeile des Positionstextes in der Wortfolge "Schießraum, Schleuse, Lagerraum" die Worte "Schleuse, Lagerraum" durchgestrichen und vor dem Wort "Schießraum" handschriftlich in Blockschrift das Wort "NUR" eingefügt hat. Weiters wurden vom Antragsteller im gegenständlichen LV-Positionstext sämtliche Massenangaben - also von der Zeile Schalung = 8,5m<sup>2</sup> bis inklusive der Zeile TDPT 30/30, 3,0cm Dick = 165m<sup>2</sup> - mit einer geschwungenen Klammer versehen und daneben - ebenfalls handschriftlich in Blockbuchstaben - der Vermerk "Pauschale massen nur SchieSSraum" angebracht.

Die einleitend erwähnte Regelung des § 106 Abs. 1 BVergG normiert für das offene und nicht offene Verfahren ein striktes Gebot der Bindung der Bieter an die Ausschreibungsunterlagen und macht deutlich, dass sich ein Bieter bei der Erstellung seines Angebotes auch im Hinblick auf die Form an die Vorgaben der Ausschreibung zu halten hat (arg. "der vorgeschriebene Text ... darf weder geändert noch ergänzt werden"). Die einleitend erwähnte Regelung des Paragraph 106, Absatz eins, BVergG normiert für das offene und nicht offene Verfahren ein striktes Gebot der Bindung der Bieter an die Ausschreibungsunterlagen und macht deutlich, dass sich ein Bieter bei der Erstellung seines Angebotes auch im Hinblick auf die Form an die Vorgaben der Ausschreibung zu halten hat (arg. "der vorgeschriebene Text ... darf weder geändert noch ergänzt werden").

Im Zusammenhang mit Abweichungen vom vorgegebenen Ausschreibungstext durch den Bieter ist insbesondere auch auf die Richtung weisende Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 04.09.2002, Zl. 2000/04/0181, zu verweisen.

In dem zit., zum (damaligen) OÖ Vergabegesetz ergangenen Erkenntnis hat der VwGH zu der - der Regelung des § 106 Abs. 1 BVergG im Wortlaut entsprechenden - Bestimmung des § 23 Abs. 1 des OÖ Vergabegesetzes unter Hinweis auf sein zum Steiermärkischen Vergabegesetz ergangenes Erkenntnis vom 27.09.2002, Zl. 2000/04/0050, und die dort zitierte Rechtssprechung des EuGH vom 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, Rz 89, sowie unter Bezugnahme auf sein Erkenntnis vom 29.05.2002, Zl. 2002/04/023, ausgesprochen, dass die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung für die Gleichbehandlung der Bieter entscheidend ist. In dem zit., zum (damaligen) OÖ Vergabegesetz ergangenen Erkenntnis hat der VwGH zu der - der Regelung des Paragraph 106, Absatz eins, BVergG im Wortlaut entsprechenden - Bestimmung des Paragraph 23, Absatz eins, des OÖ Vergabegesetzes unter Hinweis auf sein zum Steiermärkischen Vergabegesetz ergangenes Erkenntnis vom 27.09.2002, Zl. 2000/04/0050, und die dort zitierte Rechtssprechung des EuGH vom 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, Rz 89, sowie unter Bezugnahme auf sein Erkenntnis vom 29.05.2002, Zl. 2002/04/023, ausgesprochen, dass die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung für die Gleichbehandlung der Bieter entscheidend ist.

Weiters hat der VwGH im zitierten Erkenntnis zum OÖ Vergabegesetz vom 04.09.2002, Zl. 2000/04/0181, klargestellt, dass ein vom Ausschreibungstext abweichendes Angebot ausschreibungswidrig und ein solcher Art ausschreibungswidriges Angebot nach der Regelung des § 28 Abs. 6 Z 9 des OÖ Vergabegesetzes - die Bestimmung des § 28 Abs. 6 Z 9 OÖ Vergabegesetz entspricht wortgleich der Bestimmung des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG - ohne weiteres auszuschneiden ist. Weiters hat der VwGH im zitierten Erkenntnis zum OÖ Vergabegesetz vom 04.09.2002, Zl. 2000/04/0181, klargestellt, dass ein vom Ausschreibungstext abweichendes Angebot ausschreibungswidrig und ein solcher Art ausschreibungswidriges Angebot nach der Regelung des Paragraph 28, Absatz 6, Ziffer 9, des OÖ Vergabegesetzes - die Bestimmung des Paragraph 28, Absatz 6, Ziffer 9, OÖ Vergabegesetz entspricht wortgleich der Bestimmung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG - ohne weiteres auszuschneiden ist.

In dem dem zitierten Erkenntnis des VwGH zum OÖ Vergabegesetz zu Grunde liegenden Fall hatte ein Bieter in einer LV-Position der Ausschreibung im Text insofern eine Ergänzung vorgenommen, als er den vom Auftraggeber vorgegebenen Passus "inkl. 10-Jahresbatterie" um den Zusatz "5- Jahresbatterie" ergänzt hatte. Im damals verfahrensgegenständlichen Fall hatte es der Bieter immerhin noch dabei bewenden lassen, den Ausschreibungstext "nur" zu ergänzen, den Text als solchen aber, neben seinen Ergänzungen, unverändert bestehen lassen.

In dem nunmehr dem BVA vorliegenden Fall ist der Antragsteller noch darüber hinaus gegangen und hat sich nicht allein mit Anmerkungen und Ergänzungen des Positionstextes begnügt, sondern wie eingangs beschrieben, im Text zusätzlich noch Streichungen vorgenommen. Damit hat der Antragsteller den vorgeschriebenen Text der Ausschreibungsunterlagen entgegen der Regelung des § 106 Abs. 1 BVergG nicht nur geändert oder nur ergänzt, sondern sowohl geändert als auch ergänzt und somit den Verstoßtatbestand des § 106 Abs. 1 BVergG sogar in seinem Vollumfang verwirklicht. Auch Alternativangebote waren, wie im Sachverhalt unter Punkt 1 festgehalten, in der Ausschreibung für unzulässig erklärt. In dem nunmehr dem BVA vorliegenden Fall ist der Antragsteller noch darüber hinaus gegangen und hat sich nicht allein mit Anmerkungen und Ergänzungen des Positionstextes begnügt, sondern wie eingangs beschrieben, im Text zusätzlich noch Streichungen vorgenommen. Damit hat der Antragsteller den vorgeschriebenen Text der Ausschreibungsunterlagen entgegen der Regelung des Paragraph 106, Absatz eins, BVergG nicht nur geändert oder nur ergänzt, sondern sowohl geändert als auch ergänzt und somit den Verstoßtatbestand des Paragraph 106, Absatz eins, BVergG sogar in seinem Vollumfang verwirklicht. Auch Alternativangebote waren, wie im Sachverhalt unter Punkt 1 festgehalten, in der Ausschreibung für unzulässig erklärt.

In seinem Schriftsatz vom 12.05.2009 versucht der Antragsteller nun die vom vorgeschriebenen Ausschreibungstext vorgenommenen Abweichungen als bloße - notwendige - Präzisierungen darzustellen. Inwiefern jedoch die getroffenen Abänderungen als bloße Präzisierungen bzw Klarstellungen anzusehen sein sollten, ist dem BVA nicht erkennbar.

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW

1999, 1). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1).

Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtssprechung das BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006- 23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, BVA 17.4.2009, N/0152- BVA/02/2008-31 uva.). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtssprechung das BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006- 23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, BVA 17.4.2009, N/0152- BVA/02/2008-31 uva.).

Aber auch die Auslegung von Angeboten - als zivilrechtliche Willenserklärungen - hat anhand des objektiven Erklärungswertes zu erfolgen (vgl. BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44 ua.), sodass sich die Bedeutung der Angebotserklärung weder danach richtet, was dem Willen des erklärenden Bieters entspricht, noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Auftraggeber) verstanden hat, sondern alleine danach, wie das Angebot unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; BVA 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48 vgl. auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8). Aber auch die Auslegung von Angeboten - als zivilrechtliche Willenserklärungen - hat anhand des objektiven Erklärungswertes zu erfolgen vergleiche BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44 ua.), sodass sich die Bedeutung der Angebotserklärung weder danach richtet, was dem Willen des erklärenden Bieters entspricht, noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Auftraggeber) verstanden hat, sondern alleine danach, wie das Angebot unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; BVA 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48 vergleiche auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8).

Dem Durchstreichen von Wörtern in Textpassagen kommt nun schon nach allgemein üblichem Verständnis keineswegs die Bedeutung einer Präzisierung bzw. Klarstellung, sondern vielmehr jene Bedeutung bei, dass die durchgestrichenen Wörter - für den diese Streichenden - grundsätzlich keine Geltung haben sollen. Dies und nichts anderes wird nach langläufigem Verständnis mit dem Durchstreichen von Textpassagen vermittelt und nach außen zu erkennen gegeben. Der objektive Aussagegehalt des Durchstreichens der Begriffe "Schleuse, Lagerraum" in der LV-Pos. 01 07 19 73 ZA im Angebot des Antragstellers ist somit dahingehend zu verstehen, dass die durchgestrichenen Bereiche "Schleuse und Lagerraum" von der Angebotserklärung des Antragstellers nicht erfasst sind.

Ist iSd Gesagten der objektive Gehalt der Erklärung des Antragstellers aufgrund der erfolgten Streichungen schon für sich allein genommen eindeutig - und insofern nicht mehr weiter interpretationsbedürftig - so hat der Antragsteller zusätzlich zu den Streichungen vor das nach den Streichungen allein verbleibende Wort "Schießraum" handschriftlich in großen Blockbuchstaben das Wort "NUR" gesetzt. Damit hat der Antragsteller den sich schon aus seinen Streichungen objektiv ergebenden Bedeutungsgehalt seiner Erklärung noch verstärkt. Der weiters angebrachte, ebenso in großer Handschrift gehaltene Vermerk "Pauschale massen nur Schießraum" rundet schließlich das nach den maßgeblichen

objektiven Gesichtspunkten gewonnene Erklärungsbild, dass sich die Willenserklärung des Antragstellers allein auf den Schießraum, nicht aber auch auf Lagerraum und Schleuse bezieht, in einer keinen Zweifel mehr offen lassenden Weise ab.

Dass das Angebot des Antragstellers zur gegenständlichen LV-Position tatsächlich nur den Schießraum erfasst, hat der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung schließlich selbst eingestanden. So hat F\*\*\* das Vorbringen des E\*\*\*, dass die vom Antragsteller vorgenommenen Streichungen das vorgegebene Mengengerüst an Massen entkräftet hätten und bedeuten würden, dass nur mehr der Schießraum als Positionspreis vorliege, gar nicht bestritten. Auch dem Vorhalt des fachkundigen Senatsmitgliedes DI Kleiner, dass der Vermerk "Pauschale Massen nur Schießraum" bedeute, dass sich der angebotene Positionspreis nur auf den Schießraum beziehe, die Massen für Lagerraum und Schleuse jedoch nach Aufwand gesondert verrechnet werden können, hat F\*\*\* nichts entgegengesetzt, sondern dies sogar ausdrücklich bestätigt.

Als redlicher Erklärungsempfänger unter Anwendung durchschnittlicher Sorgfalt (vgl. EuGH vom 4.12.2003, Rs C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH; VwGH 17.11.2004, Zl. 2002/04/0078) durfte und musste der Auftraggeber die Erklärung des Antragstellers daher im dargelegten Sinne verstehen und hat darin, angesichts der Eindeutigkeit der abgegebenen Erklärung des Antragstellers, zu Recht keine Unklarheit erblickt. Als redlicher Erklärungsempfänger unter Anwendung durchschnittlicher Sorgfalt vergleiche EuGH vom 4.12.2003, Rs C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH; VwGH 17.11.2004, Zl. 2002/04/0078) durfte und musste der Auftraggeber die Erklärung des Antragstellers daher im dargelegten Sinne verstehen und hat darin, angesichts der Eindeutigkeit der abgegebenen Erklärung des Antragstellers, zu Recht keine Unklarheit erblickt.

Nicht unerwähnt bleiben soll an dieser Stelle, dass alle anderen - immerhin acht - Bieter, denen schwerlich alle samt die entsprechende Fachkunde und angemessene Sorgfalt abzusprechen sein wird, in der gegenständlichen LV-Position bemerkenswerter Weise keinerlei Unklarheit und kein Erfordernis solcher vom Antragsteller vorgenommener "Präzisierungen", gesehen haben. Alle anderen Bieter haben ihre Angebote vielmehr ohne Problem ausnahmslos auf der Grundlage des gänzlich unverändert belassenen LV-Textes gelegt.

Aus obigen Ausführungen folgt, dass die vom Antragsteller dem Auftraggeber gegenüber abgegebene Willenserklärung - bei allein maßgeblicher objektiver Betrachtung - sohin auf etwas anderes gerichtet war als der Auftraggeber in seiner Ausschreibung verlangt hat (nämlich Schießraum, Schleuse und Lagerraum) und für die anderen Bieter klar erkennbar, auch so zum Ausdruck gebracht hat.

Letztlich dürfte aber selbst dem Antragsteller der wahre Gehalt der betreffenden Ausschreibungsbestimmung bewusst gewesen sein und er darin keine Unklarheit erblickt haben. Ebenso musste dem Antragsteller wohl bewusst gewesen sein, dass er mit seinem Angebot prinzipiell etwas anderes erklärt hat, als der Auftraggeber ausgeschrieben hat. Dies gibt der Antragsteller nämlich schon dadurch zu erkennen, dass er weder Form noch den - offenkundig auch ihm klaren - Inhalt dieser Ausschreibungsbestimmung bezweifelt oder gar bestreitet, sondern "bloß" bemängelt, dass damit einzelne Bauteile (Schleuse und Lagerraum) de facto zweifach ausgeschrieben worden seien.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG sind vom Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sind vom Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden.

Der Regelung des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ist demnach zu entnehmen, dass - anders als bei mit behebbaren Mängeln behafteten oder unvollständigen Angeboten, die erst und nur dann auszuschneiden sind, wenn die Mängel nicht behoben wurden - den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach § 126 BVergG auszuschneiden sind. Daraus folgt gleichzeitig weiters, dass

ausschreibungswidrige Angebote keiner Zurücknahme des Widerspruchs durch den Bieter zugänglich sind (vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 129 Rz 73). Der Regelung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ist demnach zu entnehmen, dass - anders als bei mit behebbaren Mängeln behafteten oder unvollständigen Angeboten, die erst und nur dann auszuschneiden sind, wenn die Mängel nicht behoben wurden - den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach Paragraph 126, BVergG auszuschneiden sind. Daraus folgt gleichzeitig weiters, dass ausschreibungswidrige Angebote keiner Zurücknahme des Widerspruchs durch den Bieter zugänglich sind vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 129, Rz 73).

Eine das sofortige Ausschneiden des Angebotes iSd § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG nach sich ziehende Ausschreibungswidrigkeit liegt auch in einem Verstoß eines Bieters gegen die Regelung des § 106 Abs. 1 BVergG begründet. Ein solcher Verstoß ist gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG prinzipiell mit dem sofortigen Ausschneiden des Angebotes sanktioniert. Es ist nämlich davon auszugehen, dass § 106 BVergG selbst Teil der Ausschreibungsbestimmungen iSd § 129 Abs. 1 Z 7 leg.cit wird, und zwar selbst dann, wenn in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen der Gesetzestext des § 129 Abs. 1 Z 7 leg.cit nicht bzw. nicht wortwörtlich aufscheint (so Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 106 Rz 4). Eine das sofortige Ausschneiden des Angebotes iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG nach sich ziehende Ausschreibungswidrigkeit liegt auch in einem Verstoß eines Bieters gegen die Regelung des Paragraph 106, Absatz eins, BVergG begründet. Ein solcher Verstoß ist gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG prinzipiell mit dem sofortigen Ausschneiden des Angebotes sanktioniert. Es ist nämlich davon auszugehen, dass Paragraph 106, BVergG selbst Teil der Ausschreibungsbestimmungen iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, leg.cit wird, und zwar selbst dann, wenn in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen der Gesetzestext des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, leg.cit nicht bzw. nicht wortwörtlich aufscheint (so Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 106, Rz 4).

Daran, dass in einem solchen Fall mit sofortigem Ausschneiden des Angebotes vorzugehen ist, hat auch der VwGH in dem obzit., zum OÖ Vergabegesetz ergangenen, ebenso Abweichungen vom Ausschreibungstext des Leistungsverzeichnisses - in Form von Ergänzungen des Positionstextes - zum Gegenstand habenden Erkenntnis, keinen Zweifel gelassen und dies ausdrücklich bestätigt. Dass der Bieter damals - anders als hier der Antragsteller - neben seinen Ergänzungen immerhin noch den vorgegebenen Ausschreibungstext ohne Streichungen bestehen lassen hat, wurde bereits erwähnt.

Auch das nunmehr im Nachprüfungsverfahren vor dem BVA erhobene Vorbringen des Antragstellers, wonach er jedenfalls bereit wäre, die vom Auftraggeber in der betreffenden Leistungsposition angeführten Bauvolumina zum angegebenen Preis zu erbringen ("ganz gleich, ob es sich hierbei nur um einen Schießraum oder auch um einen Lagerraum oder um eine Schleuse handelt"), siehe Schriftsatz vom 12.5.2009, führt zu keiner abweichenden Beurteilung. Am Verstoß gegen das Gebot des § 106 Abs. 1 BVergG, wonach der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen weder geändert noch ergänzt werden darf, vermag dies nichts zu ändern. So hat auch der VwGH im zit. Erkenntnis zum OÖ Vergabegesetz dezidiert festgehalten, dass das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass er den Ausdruck "10-Jahresbatterie" deshalb nicht gestrichen habe, da er auch die in der Ausschreibung geforderte 10-Jahresbatterie ebenfalls zu dem im Angebot angeführten Preis geliefert hätte, nichts daran ändert, dass gemäß der - dem § 106 Abs. 1 BVergG wortidenten - Regelung des § 23 Abs. 1 OÖ Vergabegesetz der vorgeschriebene Text weder geändert noch ergänzt werden darf. Auch das nunmehr im Nachprüfungsverfahren vor dem BVA erhobene Vorbringen des Antragstellers, wonach er jedenfalls bereit wäre, die vom Auftraggeber in der betreffenden Leistungsposition angeführten Bauvolumina zum angegebenen Preis zu erbringen ("ganz gleich, ob es sich hierbei nur um einen Schießraum oder auch um einen Lagerraum oder um eine Schleuse handelt"), siehe Schriftsatz vom 12.5.2009, führt zu keiner abweichenden Beurteilung. Am Verstoß gegen das Gebot des Paragraph 106, Absatz eins, BVergG, wonach der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen weder geändert noch ergänzt werden darf, vermag dies nichts zu ändern. So hat auch der VwGH im zit. Erkenntnis zum OÖ Vergabegesetz dezidiert festgehalten, dass das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass er den Ausdruck "10-Jahresbatterie" deshalb nicht gestrichen habe, da er auch die in der Ausschreibung geforderte 10-Jahresbatterie ebenfalls zu dem im Angebot angeführten Preis geliefert hätte, nichts daran ändert, dass gemäß der - dem Paragraph 106, Absatz eins, BVergG wortidenten - Regelung des Paragraph 23, Absatz eins, OÖ Vergabegesetz der vorgeschriebene Text weder geändert noch ergänzt werden darf. Davon abgesehen, ist im gegebenen Zusammenhang anzumerken, dass dem objektiv feststellbaren Inhalt einer einmal

abgegebenen Erklärung nachträglich jedenfalls ohnehin keine andere Deutung verliehen werden darf (vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 126 Rz 8). Davon abgesehen, ist im gegebenen Zusammenhang anzumerken, dass dem objektiv feststellbaren Inhalt einer einmal abgegebenen Erklärung nachträglich jedenfalls ohnehin keine andere Deutung verliehen werden darf (vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 126, Rz 8).

Auch die Argumentation des Antragstellers, dass der Auftraggeber vor Ausscheiden des Angebotes jedenfalls Aufklärungen im Sinne der §§ 126, 127 BVergG einzuholen gehabt hätte, geht ins Leere. Aufklärungen im Sinne der zitierten Bestimmungen waren im konkreten Fall nämlich weder geboten noch wären solche zulässig gewesen. Auch die Argumentation des Antragstellers, dass der Auftraggeber vor Ausscheiden des Angebotes jedenfalls Aufklärungen im Sinne der Paragraphen 126, 127, BVergG einzuholen gehabt hätte, geht ins Leere. Aufklärungen im Sinne der zitierten Bestimmungen waren im konkreten Fall nämlich weder geboten noch wären solche zulässig gewesen.

Die mit der Überschrift "Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote" übertitelte Regelung des § 126 Abs. 1 1. Satz BVergG lautet: Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die mit der Überschrift "Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote" übertitelte Regelung des Paragraph 126, Absatz eins, 1. Satz BVergG lautet: Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen.

Mit seiner Behauptung, dass ihn der Auftraggeber vor Ausscheiden seines Angebotes zumindest zu Aufklärungen aufzufordern gehabt hätte, übersieht der Antragsteller, dass für eine Anwendung des § 126 Abs. 1 BVergG im konkreten Fall kein Raum besteht. Wie nämlich schon der Wortlaut der Bestimmung des § 126 Abs. 1 BVergG außer Zweifel stellt, ist die Verpflichtung des Auftraggebers zur Einholung von Auskünften an das Erfordernis einer bestehenden Unklarheit über das Angebot oder über die geplante Art der Durchführung (1. Fallkonstellation) oder an einen festgestellten Mangel (2. Fallkonstellation) geknüpft. Beides liegt aber gegenständlich nicht vor. Mit seiner Behauptung, dass ihn der Auftraggeber vor Ausscheiden seines Angebotes zumindest zu Aufklärungen aufzufordern gehabt hätte, übersieht der Antragsteller, dass für eine Anwendung des Paragraph 126, Absatz eins, BVergG im konkreten Fall kein Raum besteht. Wie nämlich schon der Wortlaut der Bestimmung des Paragraph 126, Absatz eins, BVergG außer Zweifel stellt, ist die Verpflichtung des Auftraggebers zur Einholung von Auskünften an das Erfordernis einer bestehenden Unklarheit über das Angebot oder über die geplante Art der Durchführung (1. Fallkonstellation) oder an einen festgestellten Mangel (2. Fallkonstellation) geknüpft. Beides liegt aber gegenständlich nicht vor.

Unklarheiten über das Angebot bestehen nur dann, wenn der objektive Erklärungswert eines Angebotes nicht eindeutig ist und mit Hilfe der Interpretationsmethoden der §§ 914f ABGB vom Auftraggeber nicht alleine ermittelt werden kann (vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 126 Rz 8). Angesichts des hier klar feststellbaren objektiven Erklärungswertes - und der sich weiters daraus klar ergebenden Ausschreibungswidrigkeit - des Angebotes des Antragstellers bestand jedoch keinerlei Unklarheit, die vom Auftraggeber iSd § 126 Abs. 1 BVergG einer Aufklärung zuzuführen gewesen wäre. Ist wie hier, der Angebotsinhalt klar iSd § 126 BVergG, wäre der Inhalt nachträglicher Bietererklärungen zudem ohnehin unerheblich (Vgl. BVA 23.11.2006, N/0083- BVA/15/2006-23; BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44). Unklarheiten über das Angebot bestehen nur dann, wenn der objektive Erklärungswert eines Angebotes nicht eindeutig ist und mit Hilfe der Interpretationsmethoden der Paragraphen 914 f, ABGB vom Auftraggeber nicht alleine ermittelt werden kann (vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 126, Rz 8). Angesichts des hier klar feststellbaren objektiven Erklärungswertes - und der sich weiters daraus klar ergebenden Ausschreibungswidrigkeit - des Angebotes des Antragstellers bestand jedoch keinerlei Unklarheit, die vom Auftraggeber iSd Paragraph 126, Absatz eins, BVergG einer Aufklärung zuzuführen gewesen wäre. Ist wie hier, der Angebotsinhalt klar iSd Paragraph 126, BVergG, wäre der Inhalt nachträglicher Bietererklärungen zudem ohnehin unerheblich (Vgl. BVA 23.11.2006, N/0083- BVA/15/2006-23; BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44).

Aber auch der zweite, eine Aufklärung verlangende gesetzliche Tatbestand des § 126 Abs. 1 BVergG eines festgestellten Mangels ist gegenständlich nicht verwirklicht. Aber auch der zweite, eine Aufklärung verlangende gesetzliche

Tatbestand des Paragraph 126, Absatz eins, BVergG eines festgestellten Mangels ist gegenständlich nicht verwirklicht.

Die Regelung des § 126 Abs. 1 BVergG muss nämlich mit der Regelung des § 129 Abs. 1 Z 7 leg.cit zusammengelesen werden, der zur Folge nur behebbare Mängel einer Mängelbehebung zuzuführen, mit unbehebbar Mängeln behaftete Angebote hingegen sofort auszuschneiden sind. Handelt es sich bei einem festgestellten Mangel um einen unbehebbar Mangel, wäre eine Aufklärung nämlich sinnlos und würde nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten (vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel § 126 Rz 9). Ebenso sind im Falle einer wie hier schon aufgrund des objektiven Erklärungswertes festgestellten Ausschreibungswidrigkeit keine Aufklärungen vorzunehmen, sondern ist ein solches Angebot ebenfalls sofort auszuschneiden. Dass eine Rücknahme von Ausschreibungswidersprüchen jedenfalls unzulässig ist, wurde bereits erwähnt. Die Regelung des Paragraph 126, Absatz eins, BVergG muss nämlich mit der Regelung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, leg.cit zusammengelesen werden, der zur Folge nur behebbare Mängel einer Mängelbehebung zuzuführen, mit unbehebbar Mängeln behaftete Angebote hingegen sofort auszuschneiden sind. Handelt es sich bei einem festgestellten Mangel um einen unbehebbar Mangel, wäre eine Aufklärung nämlich sinnlos und würde nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Paragraph 126, Rz 9). Ebenso sind im Falle einer wie hier schon aufgrund des objektiven Erklärungswertes festgestellten Ausschreibungswidrigkeit keine Aufklärungen vorzunehmen, sondern ist ein solches Angebot ebenfalls sofort auszuschneiden. Dass eine Rücknahme von Ausschreibungswidersprüchen jedenfalls unzulässig ist, wurde bereits erwähnt.

An der Richtigkeit der vom BVA vertretenen Auffassung hat auch der VwGH in seinem die Ausschreibungswidrigkeit infolge Ausschreibungstextabänderungen durch den Bieter behandelnden obziti. Erkenntnis zum OÖ Vergabegesetz keinen Zweifel gelassen. Darin hat der VwGH nämlich dezidiert ausgesprochen, dass für eine Anwendung der - im Wortlaut mit der Regelung des § 126 Abs. 1 BVergG identen - Regelung des § 28 Abs. 5 des OÖ Vergabegesetzes kein Raum ist und dass die - dem § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ebenfalls wortgleiche - Regelung des § 28 Abs. 6 Z 9 des OÖ Vergabegesetzes ohne weitere Einschränkung bestimmt, dass Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, auszuschneiden sind. An der Richtigkeit der vom BVA vertretenen Auffassung hat auch der VwGH in seinem die Ausschreibungswidrigkeit infolge Ausschreibungstextabänderungen durch den Bieter behandelnden obziti. Erkenntnis zum OÖ Vergabegesetz keinen Zweifel gelassen. Darin hat der VwGH nämlich dezidiert ausgesprochen, dass für eine Anwendung der - im Wortlaut mit der Regelung des Paragraph 126, Absatz eins, BVergG identen - Regelung des Paragraph 28, Absatz 5, des OÖ Vergabegesetzes kein Raum ist und dass die - dem Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ebenfalls wortgleiche - Regelung des Paragraph 28, Absatz 6, Ziffer 9, des OÖ Vergabegesetzes ohne weitere Einschränkung bestimmt, dass Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, auszuschneiden sind.

Dass im Falle eines ausschreibungswidrigen Angebotes Aufklärungen von vorn herein nicht in Betracht kommen, liegt im Übrigen auf der Hand, da "Aufklärungen" letztlich nur mit dem Ziel geführt werden könnten, die im Widerspruch zum Ausschreibungstext stehende Erklärung des Bieters zurückzunehmen. Auf den konkreten Sachverhalt übertragen, würde dies bedeuten, dass "Besprechungen" mit dem Antragsteller letztlich zu dem alleinigen Zweck der Rücknahme der angebrachten Anmerkungen und Streichungen im LV-Text stattfinden müssten. Darin würde aber eine unzulässige, dem Verhandlungsverbot im offenen Verfahren (vgl. § 101 Abs. 4 BVergG) zuwiderlaufende, nachträgliche Angebotsabänderung liegen (vgl. BVA 25.9.2007, N/0078-BVA/14/2007-31 ua). Dass im Falle eines ausschreibungswidrigen Angebotes Aufklärungen von vorn herein nicht in Betracht kommen, liegt im Übrigen auf der Hand, da "Aufklärungen" letztlich nur mit dem Ziel geführt werden könnten, die im Widerspruch zum Ausschreibungstext stehende Erklärung des Bieters zurückzunehmen. Auf den konkreten Sachverhalt übertragen, würde dies bedeuten, dass "Besprechungen" mit dem Antragsteller letztlich zu dem alleinigen Zweck der Rücknahme der angebrachten Anmerkungen und Streichungen im LV-Text stattfinden müssten. Darin würde aber eine unzulässige, dem Verhandlungsverbot im offenen Verfahren vergleiche Paragraph 101, Absatz 4, BVergG) zuwiderlaufende, nachträgliche Angebotsabänderung liegen vergleiche BVA 25.9.2007, N/0078-BVA/14/2007-31 ua).

Dementsprechend normiert auch § 126 Abs. 2 BVergG, dass die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 BVergG nicht verletzen darf. Dementsprechend normiert auch Paragraph 126, Absatz 2, BVergG, dass die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 BVergG nicht verletzen darf.

Zu der vom Antragsteller zur Begründung der - vermeintlichen - Verpflichtung des Auftraggebers zur Einholung von Aufklärungen ebenfalls ins Treffen geführten Regelung des § 127 Abs. 1 BVergG ist festzuhalten, dass auch diese Regelung hier keinen Anwendungsbereich hat. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, wonach während eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig sind. Zu der vom Antragsteller zur Begründung der - vermeintlichen - Verpflichtung des Auftraggebers zur Einholung von Aufklärungen ebenfalls ins Treffen geführten Regelung des Paragraph 127, Absatz eins, BVergG ist festzuhalten, dass auch diese Regelung hier keinen Anwendungsbereich hat. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, wonach während eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig sind.

Zusammenfassend folgt daraus, dass Aufklärungsschritte vom Auftraggeber zu Recht nicht gesetzt und gebotener Weise unterlassen wurden.

Schließlich sei auf die in Richtung Unzweckmäßigkeit der unter der LV-Pos. 01 07 19 73 ZA ausgeschriebenen Leistung weisenden Ausführungen des Antragstellers eingegangen. Auch diese vermögen zu keinem abweichenden Ergebnis zu führen.

Der Antragsteller bringt hiezu vor, dass nach der der Ausschreibung beiliegenden Plandarstellung eine Längswand des Schießraumes dem Hauptgebäude zuzurechnen sei, sodass die Außenwand des Hauptgebäudes, an die der Schießraum angrenze, in den Massen für Lagerraum und Schleuse nochmals enthalten sei. Die Bauteile Schleuse und Lagerraum der LV-Pos 01 07 19 73 ZA seien damit faktisch zweifach ausgeschrieben worden.

Hiezu ist zunächst zu bemerken, dass auch im Bezug auf die der Ausschreibung angeschlossenen Planunterlagen wiederum allein der Antragsteller - jedoch keiner der anderen acht Bieter - ein Problem gehabt haben dürfte. Dementsprechend ist - wie von Auftraggeberseite in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll gegeben wurde - auch keiner der acht Bieter diesbezüglich mit einem Problem an den Auftraggeber herangetreten. Der hierfür vom Antragsteller (F\*\*) in der mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärung, "dass sich dies eben keiner genau angeschaut habe", vermag das BVA nichts abzugewinnen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass alle anderen acht (fachkundigen) Bieter ihre Angebote ebenso unter Berücksichtigung der der Ausschreibung angeschlossenen Plandarstellungen erstellt und den Text des Leistungsverzeichnisses entsprechend der Verpflichtung des Punkt 1 der Angebotsbestimmungen auf seine Übereinstimmung mit den beigeschlossenen Planunterlagen überprüft und für in Ordnung befunden haben.

Alle anderen Bieter haben die Leistung, so wie in der betreffenden LV-Pos. ausgeschrieben, angeboten. Die von den acht Mitbewerbern des Antragstellers zur gegenständlichen LV-Pos. (für die ausschreibungskonform angebotenen Massen) angebotenen Preise betragen ausnahmslos mehr als das Doppelte bis mehr als das Zweieinhalbfache des vom Antragsteller hiezu angesetzten Preises. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass sich der Antragsteller (F\*\*) in der mündlichen Verhandlung die Preisgestaltung der anderen Bieter zwar nicht erklären konnte, in Bezug auf seine eigene Preisgestaltung jedoch sogar ausdrücklich bestätigte, das sich sein "Positions"preis nur auf den Schießraum bezieht und die Massen für Lagerraum und Schleuse nach Aufwand gesondert verrechnet werden können.

Aber nicht einmal der Antragsteller, der anders als alle anderen Bieter in der betreffenden Leistungsposition ein Problem gesehen haben will, hat den Auftraggeber hierauf angesprochen:

So hat der Antragsteller in seinen Schriftsätzen nicht einmal ansatzweise behauptet, dass er diesbezüglich an den Auftraggeber herangetreten sei, sondern war von einer Kontaktnahme mit dem Auftraggeber immer nur im Zusammenhang mit den fünf Abdichtungspositionen die Rede. In der mündlichen Verhandlung hat der Antragsteller (F\*\*) auf die Frage, ob er in Bezug auf die LV-Position "Schießraum, Lagerraum, Schleuse" in Kontakt mit dem Auftraggeber getreten sei, zwar zunächst noch angegeben, dass er sich nicht mehr genau erinnern könne. In weiterer Folge hat F\*\* das Vorbringen des E\*\* (C\*\*), dass zum gegenständlichen Gewerk eine Kontaktaufnahme mit dem

Auftraggeber nur im Hinblick auf die in der betreffenden Telefonnotiz aufscheinenden Themen erfolgt und das Thema LV-Position "Schießraum, Lagerraum, Schleuse" nicht vorgebracht worden sei, unwidersprochen zur Kenntnis genommen. Ebenso hat F\*\*\* der dies bestätigenden Aussage des D\*\*\* (C\*\*\*), dass zum gegenständlichen Gewerk nur ein einziges Telefonat mit dem Antragsteller geführt worden sei, in welchem das Thema LV-Position "Schießraum, Lagerraum, Schleuse" kein Gegenstand gewesen sei, nichts entgegengesetzt. Die Aussagen des E\*\*\* und des D\*\*\* stimmen auch mit dem Inhalt der von D\*\*\* zu diesem Telefonat am 12.2.2009 erstellten, im Vergabeakt einliegenden, Telefonnotiz überein, in der die vom Antragsteller herangetragenen Themen im Einzelnen aufgelistet sind. Das Thema Position 01 07 19 73 ZA "Schießraum, Lagerraum, Schleuse" scheint in den darin verzeichneten Anfragepositionen nicht auf. Nicht zuletzt spricht auch die zum Vorhalt der Vorsitzenden, dass laut Angebotsbestimmungen bei Unklarheiten oder Widersprüchen in den Ausschreibungsbestimmungen der Auftraggeber zu kontaktieren sei, abgegebene Äußerung des F\*\*\*, "dass man angesichts zahlreicher unklarer und widersprüchlicher Bestimmungen in Ausschreibungen mit dem Telefonieren nicht mehr fertig würde", für sich.

Sollte ein Bieter bei einer Ausschreibungsbestimmung allenfalls einen Abänderungsbedarf zu erkennen glauben, so stehen ihm hiefür die Instrumente der Anregung einer Ausschreibungsberichtigung nach § 106 Abs. 6 BVergG, allenfalls auch die Möglichkeit der Anfechtung der Ausschreibung innerhalb der Fristen des § 321 BVergG, zur Verfügung. Ein Bieter hat sich dieser Instrumente zu bedienen. Sollte ein Bieter bei einer Ausschreibungsbestimmung allenfalls einen Abänderungsbedarf zu erkennen glauben, so stehen ihm hiefür die Instrumente der Anregung einer Ausschreibungsberichtigung nach Paragraph 106, Absatz 6, BVergG, allenfalls auch die Möglichkeit der Anfechtung der Ausschreibung innerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVergG, zur Verfügung. Ein Bieter hat sich dieser Instrumente zu bedienen.

§ 106 Abs. 6 BVergG lautet: Ist aus der Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so hat er dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen. Der Auftraggeber hat erforderlichenfalls eine Berichtigung gemäß § 90 durchzuführen. Paragraph 106, Absatz 6, BVergG lautet: Ist aus der Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so hat er dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen. Der Auftraggeber hat erforderlichenfalls eine Berichtigung gemäß Paragraph 90, durchzuführen.

Die Regelung des § 106 Abs. 6 BVergG, die einen Bieter dazu verhält, beim Auftraggeber eine aus seiner Sicht erforderliche Ausschreibungsberichtigung umgehend anzuregen, korrespondiert wiederum mit der die strikte Bindung an den Ausschreibungstext normierenden Bestimmung des Abs. 1 des § 106 leg.cit. Die Regelung des Paragraph 106, Absatz 6, BVergG, die einen Bieter dazu verhält, beim Auftraggeber eine aus seiner Sicht erforderliche Ausschreibungsberichtigung umgehend anzuregen, korrespondiert wiederum mit der die strikte Bindung an den Ausschreibungstext normierenden Bestimmung des Absatz eins, des Paragraph 106, leg.cit.

In diesem Sinne wird auch in Pkt. 1, 1. Absatz der Angebotsbestimmungen ausdrücklich die Verpflichtung des Bieters normiert, "die ihm übergebenen Angebotsunterlagen in allen Punkten auf ihre Richtigkeit, Vollständigkeit, insbesondere das übergebene Leistungsverzeichnis sowohl hinsichtlich des Leistungstextes als auch der Mengen sowie auf Übereinstimmung mit den beigeschlossenen und zur Einsicht aufliegenden Plan - und sonstigen Unterlagen zu überprüfen".

Der 2. Absatz des Pkt. 1 der Angebotsbestimmungen verpflichtet den Bieter - diesmal sogar unter ausdrücklichem Hinweis auf die Regelung des § 106 Abs. 6 BVergG - dazu, im Falle, dass er Mängel oder Fehler feststellt oder Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung hat, den Auftraggeber schriftlich darauf aufmerksam zu machen und ihm Gelegenheit zu geben, gegebenenfalls die Ausschreibungsunterlagen zu berichtigen. Der 2. Absatz des Pkt. 1 der Angebotsbestimmungen verpflichtet den Bieter - diesmal sogar unter ausdrücklichem Hinweis auf die Regelung des Paragraph 106, Absatz 6, BVergG - dazu, im Falle, dass er Mängel oder Fehler feststellt oder Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung hat, den Auftraggeber schriftlich darauf aufmerksam zu machen und ihm Gelegenheit zu geben, gegebenenfalls die Ausschreibungsunterlagen zu berichtigen.

Im 3. Absatz des Pkt. 1 der Angebotsbestimmungen wird schließlich (wiederum unter Hinweis auf § 106 Abs. 6 BVergG) normiert, dass der Bieter, sofern der Text einer Position bezüglich Ausführung, Ausmaß oder Abrechnung verschiedene Auslegungen zulässt, er den Auftraggeber schriftlich darauf aufmerksam zu machen und ihm ebenfalls Gelegenheit zur Ausschreibungsberichtigung zu geben hat. Im 3. Absatz des Pkt. 1 der Angebotsbestimmungen wird

schließlich (wiederum unter Hinweis auf Paragraph 106, Absatz 6, BVergG) normiert, dass der Bieter, sofern der Text einer Position bezüglich Ausführung, Ausmaß oder Abrechnung verschiedene Auslegungen zulässt, er den Auftraggeber schriftlich darauf aufmerksam zu machen und ihm ebenfalls Gelegenheit zur Ausschreibungsberichtigung zu geben hat.

Mit Unterfertigung seines Angebotsschreibens hat der Antragsteller gemäß Pkt. 3 des Angebotsschreibens ausdrücklich erklärt, die Angebotsbestimmungen der Einladung zur Angebotsabgabe zu kennen und das Angebot nach ihnen erstellt zu haben. Vgl. auch § 108 Abs. 2 BVergG, wonach der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes unter anderem erklärt, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt und die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen erbringen wird. Mit Unterfertigung seines Angebotsschreibens hat der Antragsteller gemäß Pkt. 3 des Angebotsschreibens ausdrücklich erklärt, die Angebotsbestimmungen der Einladung zur Angebotsabgabe zu kennen und das Angebot nach ihnen erstellt zu haben. Vgl. auch Paragraph 108, Absatz 2, BVergG, wonach der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes unter anderem erklärt, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt und die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen erbringen wird.

All dessen ungeachtet, hat der Antragsteller, wie dargestellt, die sowohl im Gesetz festgeschriebene als auch ausführlich in den Angebotsbestimmungen wiedergegebene Verpflichtung, bei allfälligen Zweifeln bzw. Bedenken in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen den Auftraggeber zu kontaktieren und ihm gegebenenfalls Gelegenheit zur Ausschreibungsberichtigung zu geben, ignoriert. Ein Herantreten des Antragstellers an den Auftraggeber wäre aber nicht nur angesichts des eindeutig normierten Gebotes hiezu, sondern gerade auch im Sinne des eigenen Vorbringens des Antragstellers, wonach der LV-Text nicht zur Plandarstellung "passen" und die betreffende LV-Position mehrere Auslegungen zulassen solle, angezeigt und naheliegend gewesen. Der Antragsteller hat dem Auftraggeber jedoch keinerlei Bedenken gegen den Ausschreibungstext vorgebracht und ihm keinen Berichtigungsbedarf mitgeteilt.

Auch von der Möglichkeit, die Ausschreibung innerhalb der Fristen des § 321 BVergG im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu bekämpfen, hat der Antragsteller keinen Gebrauch gemacht. Auch von der Möglichkeit, die Ausschreibung innerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVergG im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu bekämpfen, hat der Antragsteller keinen Gebrauch gemacht.

Der Antragsteller hat vielmehr die von ihm erforderlich erachteten Korrekturen im Text des Leistungsverzeichnisses gleich selbst durchgeführt.

Eigenmächtige Abänderungen des Ausschreibungstextes sind jedoch als iSd § 106 Abs. 6 BVergG unzulässig und die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes iSd § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG nach sich ziehend, jedenfalls zu unterlassen. Eigenmächtige Abänderungen des Ausschreibungstextes sind jedoch als iSd Paragraph 106, Absatz 6, BVergG unzulässig und die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG nach sich ziehend, jedenfalls zu unterlassen.

Da es im gegenständlichen Vergabeverfahren zu keiner Ausschreibungsberichtigung gekommen ist, dürfen weder Auftraggeber noch Bieter von der - in weiterer Folge mangels Anfechtung bestandfest gewordenen - Ausschreibung abgehen. So hat auch der VwGH in seinem hier bereits mehrmals behandelten Erkenntnis zum OÖ Vergabegesetz unter Hinweis auf Elsner, Vergaberecht, 1999, 50, m.w.H.; und auf Reckzügl/Schwarz, Handlungsalternativen bei mangelhaften Ausschreibungen aus Sicht des Vergaberechtes, RPA 2001, 62 ff, ausgesprochen, dass, falls keine Berichtigung erfolgt, weder der Auftraggeber noch der Bieter von der Ausschreibung abgehen dürfen.

Aber selbst im Falle, dass die Behauptung des Antragstellers der "doppelten" Berücksichtigung von Massen durch die in Rede stehende Ausschreibungsbestimmung zutreffend sein sollte, wäre damit für den Antragsteller nichts gewonnen:

Das System des § 106 BVergG lässt nämlich klar erkennen, dass es nicht Aufgabe der Bieter ist, im Wege ihrer Angebote die bestmögliche Variante zur Erreichung des Ausschreibungszweckes sicherzustellen und den Auftraggeber "erforderlichenfalls" zu korrigieren. Dementsprechend muss dem Auftraggeber die Entscheidung überlassen bleiben, welche Leistungen er zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben benötigt und welche Leistung oder Menge dafür nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit am besten geeignet ist (vgl. BVA 20.9.2006, N/0068-BVA/03/2006-20, sowie Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 106 Rz 2). Das System des Paragraph 106, BVergG lässt nämlich klar erkennen, dass es nicht Aufgabe der Bieter ist, im Wege ihrer Angebote die bestmögliche Variante zur Erreichung des Ausschreibungszweckes sicherzustellen und den Auftraggeber "erforderlichenfalls" zu

korrigieren. Dementsprechend muss dem Auftraggeber die Entscheidung überlassen bleiben, welche Leistungen er zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben benötigt und welche Leistung oder Menge dafür nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit am besten geeignet ist vergleiche BVA 20.9.2006, N/0068-BVA/03/2006-20, sowie Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 106, Rz 2).

Auch dies findet seine Bestätigung im auch in diesem Punkt einschlägigen VwGH-Erkenntnis zum OÖ Vergabegesetz. So hat der VwGH in seinem Erkenntnis der Auffassung, dass ein Bieter ein die Ausschreibungsunterlagen "korrigierendes" Angebot legen könne, eine Absage erteilt. Im damals beschwerdegegenständlichen Verfahren hatte der Bieter u.a. die mangelnde Eignung der ausgeschriebenen 10-Jahres-Batterie geltend gemacht. In diesem Zusammenhang hielt der VwGH explizit fest, dass dies, selbst wenn dieses Vorbringen zutreffend sein sollte, nichts daran ändert, dass den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden sind.

Dem ist zu entnehmen, dass ein die Ausschreibungsunterlagen "korrigierendes" Angebot durch den Bieter selbst dann nicht in Betracht kommt, wenn das "korrigierende" Angebot sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht eine win-win-Situation darstellen würde. Ein Bieter ist selbst unter dem Aspekt einer (vermeintlich) mangelhaften Ausschreibung nicht zur "Ausschreibungskorrektur" im Wege seines Angebotes berechtigt (siehe hiezu auch Anmerkung G.Gruber in ZVB 2002, 350 zu VwGH 4.9.2002, 2000/04/0181).

Wie erwähnt, wurde die Ausschreibung innerhalb der in § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG normierten Frist nicht angefochten (vgl. dazu VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 23.6.2006, N/0036- BVA/02/2006-22; 19.10.2006, N/0072-BVA/08/2006-65 u.a.). Die Ausschreibung ist bestandfest geworden, sodass sich sowohl die Bieter (bei ihrer Angebotserstellung) als auch der Auftraggeber (bei seiner Angebotsprüfung) an die Ausschreibung in ihrer bestandfesten Fassung zu halten haben (vgl. VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 uva.). Wie erwähnt, wurde die Ausschreibung innerhalb der in Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG normierten Frist nicht angefochten vergleiche dazu VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 23.6.2006, N/0036- BVA/02/2006-22; 19.10.2006, N/0072-BVA/08/2006-65 u.a.). Die Ausschreibung ist bestandfest geworden, sodass sich sowohl die Bieter (bei ihrer Angebotserstellung) als auch der Auftraggeber (bei seiner Angebotsprüfung) an die Ausschreibung in ihrer bestandfesten Fassung zu halten haben vergleiche VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 uva.).

Auch das Leistungsverzeichnis ist Teil der bestandsfest gewordenen Ausschreibung.

Wie in der eingangs zitierten Judikatur des VwGH und des EuGH zum Ausdruck kommt, ist die Bindung an die Ausschreibungsunterlagen insbesondere für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung und stellt die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens dar (Vgl. EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse).

Ein Abgehen von den in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen ist vor allem im Hinblick auf die Verpflichtung zur Transparenz und Gleichbehandlung aller Bieter unzulässig und rechtswidrig (vgl. EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Storebaelt; EuGH 25.4.1996, Rs C- 87/94, Wallonische Busse, sowie BVA 3.9.2003, 04N-65/03-21). Ein Abgehen von den in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen ist vor allem im Hinblick auf die Verpflichtung zur Transparenz und Gleichbehandlung aller Bieter unzulässig und rechtswidrig vergleiche EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Storebaelt; EuGH 25.4.1996, Rs C- 87/94, Wallonische Busse, sowie BVA 3.9.2003, 04N-65/03-21).

Aus dem in § 19 BVergG normierten Gleichbehandlungsgrundsatz folgt neben der vergaberechtlichen Vorgabe der Transparenz auch das Gebot der objektiven Vergleichbarkeit der Angebote und der Bindung an die Ausschreibungsunterlagen; siehe [Estermann] in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>2</sup> (2005) [3]. Aus dem in Paragraph 19, BVergG normierten Gleichbehandlungsgrundsatz folgt neben der vergaberechtlichen Vorgabe der Transparenz auch das Gebot der objektiven Vergleichbarkeit der Angebote und der Bindung an die Ausschreibungsunterlagen; siehe [Estermann] in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>2</sup> (2005) [3].

Das Gebot der objektiven Vergleichbarkeit der Angebote, als eine weitere Ausformung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, steht seinerseits wiederum insofern in engem Zusammenhang mit der Bindung an die Ausschreibungsunterlagen, als die Bindung an die Ausschreibungsunterlagen für die Gewährleistung der

Vergleichbarkeit der Angebote von grundlegender Bedeutung ist (vgl. BVA 7.5.2007, N/0006-BVA/14/2007-85; BVA 25.9.2007, N/0078-BVA/14/2007-31). Das Gebot der objektiven Vergleichbarkeit der Angebote, als eine weitere Ausformung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, steht seinerseits wiederum insofern in engem Zusammenhang mit der Bindung an die Ausschreibungsunterlagen, als die Bindung an die Ausschreibungsunterlagen für die Gewährleistung der Vergleichbarkeit der Angebote von grundlegender Bedeutung ist (vergleiche BVA 7.5.2007, N/0006-BVA/14/2007-85; BVA 25.9.2007, N/0078-BVA/14/2007-31).

Die besondere Bedeutung der Bindung an den Ausschreibungstext für die Vergleichbarkeit der Angebote zeigt sich auf anschauliche Weise gerade im konkreten Fall, in dem es immerhin neun Bieter gegeben hat. Würde man - entgegen den unmissverständlichen Ausführungen des VwGH in seinem auch im gegenständlichen Fall einschlägigen Erkenntnis zum OÖ Vergabegesetz vom 4.9.2002, Zl. 2000/04/0181 - Abweichungen vom Ausschreibungstext prinzipiell zulassen, würde dies im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass jeder Bieter nach seinem Belieben die Möglichkeit der individuellen Ausgestaltung seines Leistungsverzeichnisses hätte. Dass diesfalls - man halte sich die in der vergaberechtlichen Praxis durchaus vorkommenden Vergabeverfahren vor Augen, in denen es 50 und mehr Bieter gibt - von einer Vergleichbarkeit der Angebote keine Rede mehr sein könnte, bedarf keiner besonderen Erwähnung. Im konkreten Fall ist die Vergleichbarkeit der Angebote, nämlich konkret die Vergleichbarkeit des Angebotes des Antragstellers mit den Angeboten aller übrigen Bieter, die ihre Angebote ausschreibungskonform unter strenger Beachtung des Ausschreibungstextes erstellt haben, tatsächlich nicht gegeben. Dies erhellt schon daraus, dass die ausschreibungskonform geboten habenden Bieter bei der LV-Position 01 07 19 73 ZA notwendiger Weise zu einer völlig anderen Preisgestaltung als der Antragsteller, und ohne Ausnahme, hier zu Positionspreisen in mehr als doppelter Höhe des Positionspreises des Antragstellers gelangt sind.

Abschließende Schlussfolgerungen:

Das Angebot des Antragstellers war daher - insbesondere unter der gebotenen Berücksichtigung der vom VwGH in seinem auch auf den gegenständlichen Fall anzuwendenden Erkenntnis zum OÖ Vergabegesetz vom 04.09.2002, 2000/04/0181, ausgesprochenen Grundsätze - bereits im Hinblick auf die im Text zur LV-Position 01 07 19 73 ZA vorgenommenen Abweichungen wegen Ausschreibungswidrigkeit gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden und wurde damit vom Auftraggeber im Ergebnis jedenfalls zu Recht ausgeschieden. Das Angebot des Antragstellers war daher - insbesondere unter der gebotenen Berücksichtigung der vom VwGH in seinem auch auf den gegenständlichen Fall anzuwendenden Erkenntnis zum OÖ Vergabegesetz vom 04.09.2002, 2000/04/0181, ausgesprochenen Grundsätze - bereits im Hinblick auf die im Text zur LV-Position 01 07 19 73 ZA vorgenommenen Abweichungen wegen Ausschreibungswidrigkeit gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden und wurde damit vom Auftraggeber im Ergebnis jedenfalls zu Recht ausgeschieden.

Auf das weitere Vorbringen betreffend die vom Antragsteller zu den fünf Abdichtungspositionen (01 12 13 04 G et.al.) vorgenommenen Abweichungen vom Ausschreibungstext sowie auf die vom Auftraggeber behauptete mangelnde Gleichwertigkeit des vom Antragsteller zu LV-Pos. 01 07 01 90 A (et.al.) angebotenen Produktes war daher nicht mehr einzugehen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

B. Zu Spruchpunkt II:

Wie sich aus den Ausführungen zu Spruchpunkt I ergibt, wurde das Angebot des Antragstellers zu Recht ausgeschieden und kam somit für eine Zuschlagserteilung von vornherein nicht in Betracht. Somit konnte dem Antragsteller aus seinem - zu Recht erfolgten Ausscheiden - aber auch kein Schaden erwachsen. Wie sich aus den Ausführungen zu Spruchpunkt römisch eins ergibt, wurde das Angebot des Antragstellers zu Recht ausgeschieden und kam somit für eine Zuschlagserteilung von vornherein nicht in Betracht. Somit konnte dem Antragsteller aus seinem - zu Recht erfolgten Ausscheiden - aber auch kein Schaden erwachsen.

Mangelt es einem Angebot aber bereits an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des BVergG und den hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der VwGH bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSd § 320 Abs. 1 BVergG 2006 zu verneinen (vgl. VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039 ua; ebenso BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; BVA 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29; BVA 25.8.2008, N/0059-BVA/09/2008-78, N/0100-BVA/09/2008-18 uva). Mangelt es

einem Angebot aber bereits an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des BVergG und den hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der VwGH bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 zu verneinen (vergleiche VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039 ua; ebenso BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; BVA 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29; BVA 25.8.2008, N/0059-BVA/09/2008-78, N/0100-BVA/09/2008-18 uva).

Da somit eine notwendige Voraussetzung für die Antragstellung gemäß § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG fehlt, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mangels Antragslegitimation zurückzuweisen. Da somit eine notwendige Voraussetzung für die Antragstellung gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG fehlt, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

#### C. Zu Spruchpunkt III:

Wie der Antragsteller auf Befragen in der mündlichen Verhandlung bestätigte, sind unter dem von ihm beanspruchten Gebührenersatz ausschließlich die Pauschalgebühren und keine sonstigen Gebühren zu verstehen.

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. 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, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt I und Spruchpunkt II ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen bzw. zurückgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen. Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch eins und Spruchpunkt römisch zwei ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen bzw. zurückgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

#### **Zuletzt aktualisiert am**

14.08.2009

**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](http://www.jusline.at)