

TE Verg Bescheid 2008/11/14 N/0122-BVA/04/2008-48

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.11.2008

Norm

BVergG 2006 §10 Z2

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §101 Abs4

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §321 Abs2

BVergG 2006 §322 Abs2 Z1

ABGB §914

ABGB §915

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

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

1. BVergG 2006 § 101 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

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

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

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. ABGB § 914 heute

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

1. ABGB § 915 heute

2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Ausschreibung des Bundesministeriums für Landesverteidigung über Flugplatzradaranlage ZELTWEG (BMLV-GZ: E90043/1/0-RD-ARWT/KA/2007)" des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Roßauer Lände 1, 1090 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A*** vertreten durch X***, vom 25.9.2008, verbessert eingebracht am 1.10.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr 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 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Ausschreibung des Bundesministeriums für Landesverteidigung über Flugplatzradaranlage ZELTWEG (BMLV-GZ: E90043/1/0-RD-ARWT/KA/2007)" des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Roßauer Lände 1, 1090 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A*** vertreten durch X***, vom 25.9.2008, verbessert eingebracht am 1.10.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

I. römisch eins.

Die Anträge, gerichtet auf

1. 1. Ziffer eins

Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** vom 15.9.2008,

2. 2. Ziffer 2

den "Zuschlag für A****" und

3. 3. Ziffer 3

die "Annullierung des Zuschlages an B****"

werden zurückgewiesen.

II. römisch zwei.

Der Antrag, gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG wird abgewiesen
Der Antrag, gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG wird abgewiesen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Ausschreibung des Bundesministeriums für Landesverteidigung über Flugplatzradaranlage ZELTWEIG (BMLV-GZ: E90043/1/0-RD-ARWT/KA/2007)" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften und im Lieferanzeiger im Jahr 2007 veröffentlicht. Der als Lieferauftrag zu qualifizierende Auftragsgegenstand soll in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Der ursprünglich mit 21.2.2008 festgelegte Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde bis zum 1.4.2008, 12.00 Uhr, verlängert. Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen konnten nach Verlängerung bis zum 7.3.2008 gestellt werden. Alternativangebote waren ausgeschlossen.

In den Ausschreibungsunterlagen wurde im allgemeinen Teil unter Punkt A 2 das offene Verfahren gemäß Bundesvergabegesetz 2006 als Vergabeverfahrensart angeführt. Gemäß Punkt B 1 (grundsätzliche Bestimmungen) waren sämtliche angebotsbezogenen Unterlagen in deutscher Sprache vorzulegen. Alle Rückfragen, Korrespondenzen etc. hatten in deutscher Sprache zu erfolgen. Technische Ausarbeitungen und Beschreibungen waren in englischer Sprache als Beilage zulässig. Gemäß Punkt B 5 der Ausschreibungsunterlagen waren Alternativangebote unzulässig. Gemäß Punkt C 9 (Kriterien für die Auswahl des Angebotes für den Zuschlag) erfolgt die Auswahl nach dem Bestbieterprinzip (Kosten- Nutzwertanalyse). Die Gewichtung der Leistungskriterien war der Beilage 5 zur technischen Leistungsbeschreibung zu entnehmen.

Unter Punkt D 16 (Sonstige Bestimmungen) der Ausschreibungsunterlagen wurde Nachfolgendes ausgeführt:

"Für den Fall eines nachfolgenden Vertrages gilt:

.....

D 16.2. Alle Änderungen, die diesen Vertrag betreffen, bedürfen

der ausdrücklichen schriftlichen

Genehmigung des BMLV als vertragsschließende

Dienststelle und sind nur mit Unterschrift

gültig.

D 16.3."

Unter Punkt D 20 (Vertragsstrafe bei Lieferterminüberschreitung) war in der Ausschreibungsunterlage Nachfolgendes ausgeführt:

"D 20.1. Gerät der Auftragnehmer dadurch in Verzug, dass er die geschuldete Leistung/Teilleistung nicht am gehörigen Ort, nicht auf die vereinbarte Weise oder nicht zum festgelegten jeweiligen Leistungstermin erbringt, ist der Auftragnehmer zu einer Vertragsstrafe von 0,5 % pro vollendeter Kalenderwoche (= 7 Kalendertage) Verzugsdauer bis maximal 10 % des Wertes der ausstehenden Leistung verpflichtet, wenn der Auftragnehmer nicht beweisen kann, dass die Verzögerung durch höhere Gewalt wie Krieg, Revolution, Erdbeben, Überschwemmung, Feuer, Epidemie, Quarantäne, Branchenstreik, Embargo und Verkürzung der Energieversorgung, ein unabwendbares Ereignis, das trotz vernünftiger Sorgfalt und Vorsicht nicht abgewendet werden kann, oder durch ein Verhalten, welches das BMLV zu vertreten hat, verursacht wurde.

D 20.2: Durch obige Bestimmung wird § 918 ABGB nicht berührt, sofern die anspruchbezogenen Umstände nicht erst nach diesem Zeitpunkt hervorkommen.
D 20.2: Durch obige Bestimmung wird Paragraph 918, ABGB nicht berührt, sofern die anspruchbezogenen Umstände nicht erst nach diesem Zeitpunkt hervorkommen.

D 20.3: Die Vertragsstrafe wird mit Lieferterminüberschreitung fällig und spätestens bei der Schlussrechnung in Abzug gebracht.

D 20.3.1: Der Anspruch des BMLV auf die Vertragsstrafe bleibt auch dann erhalten, wenn er bei der Übernahme der Leistung nicht vorbehalten wird.

D 20.4: Die Vertragsstrafe bei Leistungsterminüberschreitung schließt bei Verschulden des Auftragnehmers die Geltendmachung eines darüber hinausgehenden Schadens nicht aus.

D 20.5: Tritt im Bereich des Auftragnehmers ein Umstand ein, der zu einer Verzögerung der Leistungserbringung führt, hat der Auftragnehmer unverzüglich in schriftlicher Form davon

die vertragsschließende Dienststelle des BMLV in Kenntnis zu setzen und über die voraussichtliche Dauer und die vorgesehene(n) Maßnahme(n) zur Verringerung der Verzögerung Mitteilung zu machen. Versäumt der Auftragnehmer die rechtzeitige Information, treffen ihn die Verzugsfolgen auch dann, wenn die Verzögerung auf einem unabwendbaren Ereignis beruht.

D 20.6: Gerät der Auftragnehmer in Verzug, wird das BMLV nach billigem Ermessen die Leistungsfrist angemessen erstrecken.

D 20.7: Von den Verzugsfolgen ist der Auftragnehmer nur dann befreit, wenn der Auftragnehmer beweist, dass die Verzögerung durch höhere Gewalt oder ein unabwendbares Ereignis oder durch ein Verhalten, welches das BMLV zu vertreten hat, verursacht wurde.

D 21: VERTRAGSSTRAFE BEI NICHTERFÜLLUNG:

Erklärt sich der Auftragnehmer nicht willens oder trotz Setzung einer angemessenen Nachfrist nicht in der Lage, die vereinbarte Leistung oder eine voll zur vertragsgemäßen und militärischen Verwendung geeignete Leistung/Teilleistung zu erbringen, so ist das BMLV berechtigt, vom Vertrag zurück zu treten. Mit Rücktritt ist eine Vertragsstrafe in der Höhe von 10% der nicht erbrachten Leistung fällig.

D 21.1: Die Vertragsstrafe bei Nichterfüllung schließt bei Verschulden des Auftragnehmers die Geltendmachung eines darüber hinausgehenden Schadens nicht aus. Diese Schadenersatzforderung des BMLV tritt mit Geltendmachung in Kraft.

D 21.2: Die Höhe der Vertragsstrafen gem. D 20.1 und D 19.1 ist mit 10 % begrenzt."

Unter Punkt D 24 (Zahlungsart und -bestimmungen) war in den Ausschreibungsunterlagen Nachfolgendes ausgeführt:

"D 24: ZAHLUNGSART UND -BESTIMMUNGEN:

D 24.1: Nach Erfüllung und Rechnungslegung binnen 30 Tagen netto

D 24.2: Die Bezahlung erfolgt auf das Konto des Auftragnehmers bei einem von ihm anzugebenden Geldinstitut ohne Skontoabzug in EURO.

D 24.3: Die Zahlung gilt mit Abbuchung vom Konto des BMLV als erfüllt.

D 24.4: Das BMLV behält sich das Recht vor, Zahlungen mit schuldbefreiender Wirkung auch früher als vertraglich vereinbart zu leisten.

D 24.4.1: Als Verzinsung für diese Zahlungen gilt der jeweilige Basissatz der Österreichischen Nationalbank plus 3 % als vereinbart.

D 24.4.2: Die Zinsen werden bis zum jeweils entsprechenden Zahlungstermin berechnet.

D 24.4.3: Für Zahlungen, denen keine erfüllte Leistung gegenübersteht, ist vom

Auftragnehmer eine Bankgarantie gemäß Beilage 10 beizubringen."

Unter Punkt D 27 (Rücktritt vom Vertrag) war Nachfolgendes ausgeführt:

"D 27: RÜCKTRITT VOM VERTRAG:

Rücktritt vom Vertrag ist dem BMLV außer aus den gesetzlichen

Gründen aus folgenden Gründen möglich:

D 27.1 : Wenn der Bieter zur Erzielung eines unangemessen hohen Preises Abreden getroffen hat.

D 27.3: Wenn der Auftragnehmer zahlungsunfähig wird

D 27.4: Wenn über das Vermögen des Auftragnehmers das Ausgleichs- oder Konkursverfahren eröffnet oder die Eröffnung des Konkursverfahrens mangels hinreichenden

Vermögens abgelehnt wird.

D 27.5: Wenn der Auftragnehmer mit der vereinbarten Lieferung

in Verzug gerät. Die Rücktrittserklärung hat eine angemessene

Nachfrist zu enthalten und bleibt nur rechtswirksam, wenn der Auftragnehmer auch innerhalb dieser Nachfrist die

rückständige Lieferung nicht erbracht hat. Ist die Lieferung vereinbarungsgemäß in Teillieferungen zulässig und ist der Auftragnehmer

nur mit einer Teillieferung in Verzug, kann der Rücktritt nur

hinsichtlich der noch ausstehenden Teillieferung oder aller

noch ausstehenden Teillieferungen erklärt werden, es sei

denn, die bereits erfolgten Teillieferungen sind für das BMLV ohne Wert.

D 27.6: Wenn Umstände vorliegen, die eine zeitgerechte

Erfüllung des Auftrages offensichtlich unmöglich machen,

sofern diese Umstände nicht durch das BMLV zu vertreten sind.

D 27.7: Im Falle eines Teilrücktritts wird der vom BMLV als verwendbar festgestellte und ausgeführte Teil der Leistung abgerechnet.

D 27.8: Im Falle eines vom Auftragnehmer verschuldeten

Rücktritts haftet der Auftragnehmer dem BMLV für den daraus

unabwendbar entstandenen Schaden.

D 27.9: Das BMLV kann vom Vertrag jederzeit zur Gänze oder

teilweise durch schriftliche Mitteilung zurücktreten. In

diesem Fall hat der Auftragnehmer jede Anweisung des BMLV

bezüglich der im Vertrag enthaltenen Leistungen zu erfüllen

und dem BMLV eine beglaubigte Abrechnung zur Verfügung zu stellen. Diese Abrechnung hat bezüglich des zurückgetretenen Teiles des Vertrages folgendes zu beinhalten:

D 27.9.1: den Vertragspreis für jede übernommene Leistung zum Datum des Rücktritts, den anteilmäßigen Teil des Vertragspreises für jede Leistung, die teilweise fertiggestellt oder zur Gänze fertiggestellt ist und zum Datum des Rücktritts übernommen werden sollte.

....."

Unter Punkt D 28 (Garantie) war in den

Ausschreibungsbestimmungen Nach- folgendes ausgeführt:

"D 28. GARANTIE:

D 28.1: Unter der Voraussetzung vertragsgemäßer und

sachgemäßer Lagerung und Wartung garantiert der Auftragnehmer

uneingeschränkt, dass alle erbrachten Leistungen frei von

Planungs-, Fabrikations-, Funktions- und Materialfehlern

sowie Rechtsmängeln sind, den vertraglich vereinbarten Eigenschaften entsprechen und zur vertraglichen und militärischen Verwendung voll geeignet sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die Mängel zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren, oder erst innerhalb der Garantiefrist entstanden sind.

D 28.2: Die Garantiefrist für die Mangelfreiheit beginnt mit der Übernahme der jeweiligen Leistung und beträgt 12 Monate.

D 28.3: Das BMLV hat nach Ende der Garantiefrist noch 6 Monate Zeit, den innerhalb der Garantiefrist aufgetretenen Mangel, sollte er nicht freiwillig vom Auftragnehmer behoben worden sein, gerichtlich geltend zu machen.

D 28.4: Falls der Auftragnehmer nach Information entscheidet, dass die Behebung eines Mangels am Verwendungs-/Verwahrungsort in Österreich erfolgt, sind alle Reise- und Aufenthaltskosten des Personals vom Auftragnehmer zu tragen; anderenfalls wird eine mangelhafte Leistung vom BMLV auf Kosten des Auftragnehmers in dessen Werk übersandt. Der ohne Kosten für das BMLV behobene Mangel oder die ersetzte Leistung wird dem BMLV ohne Kosten für das BMLV zurückgesandt.

D 28.5: Für reparierte und ersetzte Teile gilt die Garantie von 12 Monaten ab dem Zeitpunkt der Übernahme der reparierten Teile oder der Ersatzlieferung. Das BMLV hat nach Ende der Garantiefrist noch 6 Monate Zeit, den innerhalb der Garantiefrist aufgetretenen Mangel, sollte er nicht freiwillig vom Auftragnehmer behoben worden sein, gerichtlich geltend zu machen.

D 28.6: Der Auftragnehmer haftet gemäß dem österreichischen Produkthaftungsgesetz (PHG)

D 28.7: Die Rechte des BMLV aus dem Titel der Gewährleistung und des Schadenersatzes aufgrund mangelhafter Leistung bleiben von der Garantieregelung unberührt."

Unter Punkt D 33 (subsidiäre Bestimmungen) der Ausschreibungsunterlagen wurde darauf hingewiesen, dass subsidiär die Bestimmungen der ALB gelten. Zu den in den Ausschreibungsbestimmungen beiliegenden Beilagen, welche zum Bestandteil der Ausschreibung erklärt wurden, zählten neben dem Leistungsverzeichnis (E1) und der Bietererklärung (E5) unter anderem auch die allgemeinen Leistungs- (Lieferungs-) Bestimmungen (ALB) des BMLV und seiner nachgeordneten Dienststellen.

In der Beilage (Leistungsverzeichnis) war nach den tabellarisch vorgegebenen auszufüllenden Preisangaben Nachfolgendes ausgeführt:

"Lieferzeit (ab Erhalt des Zuschlages): Ein detaillierter Ablaufplan der gesamten Leistungserbringung einschließlich Optionen, Ausbildungsleistungen und Logistikleistungen sowie der allenfalls notwendigen Beistellerfordernissen ist in Monaten nach Zuschlagserteilung dem Angebot beizuschließen.

Herkunftsland:

–

Der Warenursprung für die angebotene Leistung ist verbindlich anzugeben.

DIE VOM BIETER SCHRIFTLICH GEMachten ANGABEN GELTEN ALS ANGEBOT

im Sinne des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVerG)

Der Bieter erklärt, dass er die Bestimmungen der Ausschreibung, die "Allgemeinen Leistungs(Liefer)bestimmungen (ALB) des Bundesministeriums für Landesverteidigung und seiner nachgeordneten Dienststellen, Ausgabe 2002" kennt und bereit ist, die ausgeschriebene Leistung in der angegebenen Form zu diesen uneingeschränkt anerkannten Bestimmungen zu erbringen sowie, dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagfrist an sein Angebot gebunden erachtet.

Er erklärt weiters, dass er sein Angebot nach den Bestimmungen des 2. Teiles, 3. Hauptstücks, 8. Abschnitt ("DAS ANGEBOT") des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVerG) erstellt, widrigenfalls sein Angebot ausgeschieden werden kann.

.....

.....

.....

Ort, Datum Rechtsgültige Fertigung und

Firmenstampiglie"

In der Beilage (Bietererklärung) war Folgendes ausgeführt:

"Der Bieter erklärt, dass er

- bereit und befugt ist, die Leistung gemäß gegenständlicher Ausschreibung in der angebotenen Form zu erbringen.

- -Strichaufzählung
die Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung anerkennt.

Der Bieter erklärt, dass

- die Unterlagen der gegenständlichen Ausschreibung für die Erstellung des Angebotes ausreichen.

- -Strichaufzählung
er sich bis zum Ende der Angebotsfrist an sein Angebot gebunden erachtet,

.....

Ort, Datum rechtsgültige Unterschrift und Firmenstampiglie"

Am 11.3.2008 erfolgte eine Fragenbeantwortung an alle Bewerber durch den Auftraggeber. Zur Anfrage zu Punkt D 21 und 22 der Ausschreibungsunterlage wurde vom Auftraggeber darauf hingewiesen, dass es sich um kein speziell militärisches Produkt handle. Es sei viel mehr die militärische Verwendung einer zivilen (vertragsgemäßen) Verwendung gleichzusetzen. Die Anfrage, ob es richtig sei, dass es laut Punkt D 24 (Zahlungsart und -bestimmungen) keine Vorauszahlungen und keine Teilzahlungen - wie sonst üblich - gebe, wurde bejaht.

Neben der A*** (idF Antragsteller) legten die B***. (idF präsumtiver Zuschlagsempfänger) und ein weiterer Bieter Angebote. Neben der A*** in der Fassung Antragsteller) legten die B***. in der Fassung präsumtiver Zuschlagsempfänger) und ein weiterer Bieter Angebote.

Das Angebot des Antragstellers umfasste in der Mappe B Heft 1 ein finanzielles Angebot. In der Einleitung (1.) wurde Nachfolgendes angeführt:

1. "1.Ziffer eins
Einleitung

1.1. Allgemeines

Dieses Buch beinhaltet die finanziellen Voraussetzungen, Preisinformationen, den vorgeschlagenen Zahlungsplan, sowie unsere ersten Kommentare zu den Geschäftsbedingungen des Vertrages, die wir gerne besprechen möchten, um eine gemeinsame Übereinkunft zu erzielen, die beide Firmen zufriedenstellt.

1.2 DOKUMENTGLIEDERUNG

Dieses Dokument ist in folgende Hauptabschnitte gegliedert:

- * Abschnitt 2 beschreibt die finanziellen Voraussetzungen für die Preiskalkulation.
- * Abschnitt 3 beinhaltet, wie verlangt, die Tabellenpreise des Antragsformulars.
- * Abschnitt 4 ist der Zahlungsplan.
- * Abschnitt 5 beinhaltet die Kommentare der Geschäftsbedingungen des Vertrages.
- * Abschnitt 6 ist eine Erklärung der Rechtsgültigkeit des Antrags.

1.3. ENTSPRECHENDE UNTERLAGEN

Der Antrag von A*** wurde entsprechend der Dokumentation des Ausschreibungsantrags gestellt.

2. Voraussetzungen

.....

* Die Preise wurden unter Berücksichtigung der allgemeinen Bedingungen kalkuliert, wie sie in der Ausschreibung festgelegt wurden. Demnach ist nur eine volle Bezahlung nach der Fertigstellung von SAT vorgesehen. Dennoch möchte A*** die Möglichkeit haben, für einzelne Daten Teilzahlungen zu vereinbaren, um einen neutralen Cash Flow während der Projektentwicklung zu erhalten. Der vorgeschlagene Zahlungsplan befindet sich im Abschnitt 4 dieses Dokuments.

* A*** hat bei der Entwicklung seine eigene Methodologie, eigene Standards und Praktiken, die schon in anderen Verträgen angewendet wurden. Unsere Standards sind durch ISO 9001 und CMMi Level 3 zertifiziert und wurden bei vielen realen Projekten angewendet. Nach unserem Verständnis erfüllen sie auch die für dieses Projekt erforderliche Methodologie und die Standards. Die Preise unten setzen voraus, dass keine Veränderungen unserer derzeitigen Standards notwendig werden.

.....

* Wir haben alle in der Ausschreibung festgelegten Geschäftsbedingungen sorgfältig und gründlich gelesen.

* Wir sind an unseren Antrag, einschließlich aller darin festgelegten Geschäftsbedingungen gebunden, die bis zu dem in der Ausschreibung festgelegten Datum Gültigkeit haben.

* Falls wir den Zuschlag für diesen Auftrag erhalten, werden wir in den Vertrag mit der Behörde eintreten.

* Alle Informationen, die von uns in diesem Antragsformular und der Bietererklärung gegeben wurden, sind richtig,

vollständig, gültig und zum Zeitpunkt der Antragstellung

aktuell.

....."

Unter Punkt 3. (Antragsformular) im finanziellen Angebot des Antragstellers wurde das den Ausschreibungsunterlagen beiliegende Leistungsverzeichnis (E1) in den einzelnen Positionen mit Preisen ausgefüllt und das anschließende Formblatt von C*** unter Verwendung der Firmenstempel unterzeichnet.

Unter Punkt 4. (Kommentare zu den Geschäftsbedingungen) wurde vom Antragsteller in seinem finanziellen Angebot Nachfolgendes ausgeführt:

"Wir würden gerne die Möglichkeit haben, Details des T&C während der Vertragsverhandlung (wann immer möglich) zu diskutieren. Zu diesem Zeitpunkt setzen wir voraus, dass es keine großen Differenzen gibt.

.....

* Die Einbeziehung von Vertragsstrafen ist akzeptabel. Da es sich um eine Lieferung handelt, muss sich die Vertragsstrafe auf einen Verzug des Vertragsunternehmers bei den Tests vor Ort beziehen. Es muss auch festgelegt werden, dass bei Anwendung der Strafe, diese der einzige Schadensersatzanspruch sein wird. A*** ist in keinem Fall verantwortlich für Schäden, die durch Handlungen oder Unterlassungen entstehen, für die A*** nicht zuständig ist. * A*** setzt voraus, dass die vertragsgemäße Erfüllung der Verpflichtungen seitens beider Parteien darin besteht, das Eigentum der gelieferten Anlagen zu übertragen.

* Auch wenn die Anlagen Garantien unterliegen, schließt diese keine Art von Fehlern, Ausfällen, usw. ein. Es gibt eine Reihe von Umständen, die nicht unter die Garantie fallen, wie zum Beispiel eine unsachgemäße Verwendung oder Wartung, die nicht den Handbüchern der Anlagen entsprechen, Fehler, die durch die Interaktion mit Systemen/Anlagen von Drittanbietern entstehen, Änderungen in den Systemen/Anlagen, die nicht durch von A*** zugelassenem Personal durchgeführt werden, usw.

* Vertragsauflösung: So wie die Gründe aufgeführt werden, aus denen der Kunde den Vertrag auflösen kann, müssen auch die Gründe aufgeführt werden, aus denen A*** den Vertrag auflösen kann, sowie die Konsequenzen, die sich daraus ergeben könnten.

* Auch wenn A*** für die Ausführung des Projekts gemäß der im Leistungsverzeichnis und dem Vertrag festgelegten Bedingungen verantwortlich ist, muss jede Partei das Risiko für seine eigenen Aktivitäten übernehmen. Daher muss, aus Gründen der Vertragsauflösung für die Leistungen/Anlagen, die Vertragsgegenstand sind, eine mengenmäßige Beschränkung, die A*** bei der Ausführung des Projekts zu leisten hat, sowie der Ausschluss der Parteien von Entschädigung durch immaterielle und mittelbare Schäden; Ordnungsstrafen sowie entgangener Gewinn festgelegt werden. * Wegen der Auswirkungen, die Zahlungen vor dem vertraglich vereinbarten Termin für die Parteien mit sich bringen, schlägt A*** vor, dass diese zwischen den Parteien vereinbart werden."

Zu Punkt 5. (Zahlungsplan) im finanziellen Angebot des Antragstellers wurde Folgendes ausgeführt

"A*** schlägt einen neutralen Cash Flow Zahlungsplan entsprechend den folgenden Lieferungsschwerpunkten vor:

* Auftragserteilung.....

.....20%

* Einreichen von Plänen und Design-Dokumenten und Abschluss

der

Designprüfung.....

.....20%

* Lieferung der Ausrüstung an den

Montageort.....

.....25%

* Fertigstellung der Installation der

Ausrüstung.....

.....25%

* Fertigung von

SAT.....

.....10%

Wir würden diesen Plan gerne mit der Leitung von AUSTRIA MFD besprechen."

Zu Punkt 6. (Rechtswirksamkeit des Antrages) wurde vom Antragsteller Nachfolgendes ausgeführt:

"Die Dauer der Rechtswirksamkeit dieses Antrags beträgt 180 Kalenderwochen ab dem Tag nach dem für die Eröffnung des Antrags vorgesehenen Tag."

Bei der am 1.4.2008, 13.00 Uhr, stattgefundenen Angebotsöffnung nahmen Vertreter der Bieter teil. Im Protokoll zur Angebotsöffnung, das nicht von den Vertretern der Bieter unterzeichnet war, waren die Gesamtpreise für den Antragsteller in der Höhe von Euro XXX und für den präsumtiven Zuschlagsempfänger in der Höhe von Euro XXX festgehalten. Der Optionspreis wurde beim Antragsteller mit Euro XXX und beim präsumtiven Zuschlagsempfänger mit Euro XXX beziffert. Beim Gesamtpreis inklusive Option war beim präsumtiven Zuschlagsempfänger ein Betrag von Euro XXX angegeben. Bei der am 1.4.2008, 13.00 Uhr, stattgefundenen Angebotsöffnung nahmen Vertreter der Bieter teil. Im Protokoll zur Angebotsöffnung, das nicht von den Vertretern der Bieter unterzeichnet war, waren die Gesamtpreise für den Antragsteller in der Höhe von Euro römisch 30 und für den präsumtiven Zuschlagsempfänger in der Höhe von Euro römisch 30 festgehalten. Der Optionspreis wurde beim Antragsteller mit Euro römisch 30 und beim präsumtiven Zuschlagsempfänger mit Euro römisch 30 beziffert. Beim Gesamtpreis inklusive Option war beim präsumtiven Zuschlagsempfänger ein Betrag von Euro römisch 30 angegeben.

Bei der Bewertung der Angebote wurden Unterkommissionen gebildet. Die Unterkommission für den kommerziellen Bereich stellte bei ihrer Sitzung am 21.5.2008 fest, dass vom Antragsteller die kommerziellen Bestimmungen der Ausschreibung nicht anerkannt worden seien. Beim Angebot des Antragstellers sei aus kommerzieller und rechtlicher Sicht keine Vergleichbarkeit der Angebote gegeben. Der Antragsteller gehe davon aus, dass nach Angebotslegung Vertragsverhandlungen stattfänden. Diese seien jedoch im offenen Verfahren nicht zulässig. Entgegen den Ausschreibungsbestimmungen seien vom Antragsteller die Haftung auf die Vertragsstrafe beschränkt und die Garantie eingeschränkt, Gründe für die Vertragsauflösung zu Gunsten des Antragstellers hinzugefügt und die Möglichkeit der vorzeitigen Bezahlung mit Schuld befreiender Wirkung eingeschränkt worden. Der vorgelegte Zahlungsplan solle mit dem Auftraggeber besprochen werden. Das Dokument betreffend die Verhaltensregelung zu den Geschäftstätigkeiten sei vom Antragsteller außerdem für unanwendbar erklärt worden. Diese Mängel im Angebot des Antragstellers wurden weitgehend als unbehebbar qualifiziert. Das Angebot des Antragstellers sei auszuschneiden.

Am 3.7.2008 wurde der Antragsteller vom Auftraggeber mit Fristsetzung bis zum 23.7.2008 zur Aufklärung verschiedener Punkte aufgefordert. Unter anderem wurde darin vom Auftraggeber angeführt, im Hinblick auf die Mappe B, Heft 1, "finanzielles Angebot" zu den Punkten "Einschränkung der geforderten Garantie und Haftung, die Aufforderung, Bestimmungen für den Rücktritt vom Vertrag durch den Antragsteller hinzuzufügen sowie die Einschränkung der Möglichkeit der vorzeitigen Bezahlung durch den Auftraggeber" zu klären, ob alle Ausschreibungsbestimmungen vollinhaltlich anerkannt würden oder ob das Angebot nur mit Anerkennung der kommerziellen Bestimmungen des Antragstellers durch den Auftraggeber als verbindlich gelte. Außerdem wurde zur Nachreichung der unterzeichneten Bietererklärung (Beilage 5 der Ausschreibungsunterlagen) aufgefordert.

Mit Schreiben vom 23.7.2008 legte der Antragsteller eine mit 1.4.2008 datierte, unterzeichnete Bietererklärung (Beilage 5) vor und erklärte, alle Ausschreibungsbedingungen vollinhaltlich und vollumfänglich zu akzeptieren. Der Kommentar zu den Angebotsbedingungen verstehe sich lediglich als Empfehlung.

Mit von C*** unterzeichnetem Schreiben vom 1.9.2008 teilte der Antragsteller dem Auftraggeber Nachfolgendes mit:

"Betreff: Flugplatzradaranlage Zeltweg

BMLV-GZ: E90043/1/0-RD-ARWT/KA/2008

.....

Ergänzend zu unserem Angebot erlauben wir uns, Ihnen zwei Fakten anzubieten, die eine Reduktion der Gesamtkosten des Projektes für die Republik Österreich ergeben würden:

Gemeinsamkeiten mit dem Flughafen G***

.....

Die Kosteneinsparungen als Ergebnis von Gemeinsamkeiten für Wartungsaktivitäten mit Austro/Controll/G*** (Umlaufteile, Ausbildung, Reparaturen...) nach Ablauf der Garantiezeit werden mit mindestens Euro XXX beziffert. Diese Kostenreduktion würde als Rabatt bei einem künftigen gemeinsamen Wartungsvertrag für G*** und Zeltweg zu tragen kommen. Auf diese Art könnten das Österreichische Bundesheer und Austro Control durch den gemeinsamen Zugriff profitieren. Die Kosteneinsparungen als Ergebnis von Gemeinsamkeiten für Wartungsaktivitäten mit Austro/Controll/G*** (Umlaufteile, Ausbildung, Reparaturen...) nach Ablauf der Garantiezeit werden mit mindestens Euro römisch 30 beziffert. Diese Kostenreduktion würde als Rabatt bei einem künftigen gemeinsamen Wartungsvertrag für G*** und Zeltweg zu tragen kommen. Auf diese Art könnten das Österreichische Bundesheer und Austro Control durch den gemeinsamen Zugriff profitieren.

Die Fertigstellung der MSSR Installation für den Flughafen G*** ist für Ende September 2008 geplant. Die Ausbildung und die Wartungsaktivitäten beginnen kurze Zeit danach. Aus diesem Grund ist Ende September 2008 der späteste Zeitpunkt, um von diesem Nutzen Gebrauch zu machen.

Diesen Vorteil kann nur von A*** angeboten werden.

Neutraler Cash Flow Zahlungsplan

Der von A*** vorgeschlagene Zahlungsplan im "Finanziellen Angebot" (Mappe B, Heft 1, Punkt 5) würde den Gesamtpreis des Angebotes um weitere etwa Euro XXX herabsetzen. Der von A*** vorgeschlagene Zahlungsplan im "Finanziellen Angebot" (Mappe B, Heft 1, Punkt 5) würde den Gesamtpreis des Angebotes um weitere etwa Euro römisch 30 herabsetzen.

Sollten Sie Fragen zu diesen beiden Vorschlägen haben oder sollte ein Besuch erwünscht sein, bitten wir Sie gerne um Benachrichtigung....."

Nach Prüfung und Bewertung der Angebote wurde den verbliebenen Bietern, dem Antragsteller und dem präsumtiven Zuschlagsempfänger, mit Telefaxmitteilung vom 15.9.2008 die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der "B***" bekannt gegeben. Die Vergabesumme wurde mit Euro XXX beziffert. Der Kosten-Nutzwert wurde beim Antragsteller mit 1,7177 und beim präsumtiven Zuschlagsempfänger mit 1,2742 angegeben. Nach Prüfung und Bewertung der Angebote wurde den verbliebenen Bietern, dem Antragsteller und dem präsumtiven Zuschlagsempfänger, mit Telefaxmitteilung vom 15.9.2008 die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der "B***" bekannt gegeben. Die Vergabesumme wurde mit Euro römisch 30 beziffert. Der Kosten-Nutzwert wurde beim Antragsteller mit 1,7177 und beim präsumtiven Zuschlagsempfänger mit 1,2742 angegeben.

Mit Schreiben vom 25.9.2008, verbessert eingebracht am 1.10.2008, stellte der zunächst nicht anwaltlich vertretene, spanische Antragsteller einen Nachprüfungsantrag, dem die Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2008 in Kopie beilag. Darin begehrte er die Aufhebung "dieser ungebührlichen Entscheidung" und in der Folge den Zuschlag zu seinen Gunsten. Weiters beantragte der Antragsteller die "Annullierung des Zuschlages an B***" sowie die "Neuevaluierung" unter Berücksichtigung der laut Ausschreibung anzugebenden und bei der Angebotsöffnung öffentlich verlesenen Preise gemäß Teil B der Ausschreibungsbestimmungen. Während das zuletzt genannte Begehren mit Schriftsatz vom 21.10.2008 zurückgezogen wurde, wurde das auf "Annullierung des Zuschlages an B***" gerichtete Begehren als ein nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2008 gerichtetes Begehren neu gefasst. Darüber hinaus wurde der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG beantragt. Mit Schreiben vom 29.9.2008, verbessert eingebracht am 1.10.2008, stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 8.10.2008, N/0122-BVA/04/2008-EV18, teilweise stattgegeben wurde. Begründend wurde in den genannten Schriftsätzen im Wesentlichen vorgebracht, dass im Rahmen der Angebotsöffnung, die in Anwesenheit der Bieter stattgefunden habe, die angebotenen Preise verlesen worden seien. Der vom Antragsteller angebotene Preis habe sich auf Euro XXX belaufen, wobei die Option mit Euro XXX

beziffert worden sei, woraus sich ein Gesamtpreis mit Optionen in der Höhe von Euro XXX ergeben habe. Der Preis des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei mit Euro XXX und einer Option von Euro XXX verlesen worden. Der Gesamtpreis mit Optionen sei mit Euro XXX beziffert worden. Der Preis des dritten Bieters sei mit Euro XXX beziffert worden, wobei die Option Euro XXX betragen habe, woraus sich ein Gesamtpreis mit Optionen von Euro XXX ergeben habe. Mit Schreiben vom 25.9.2008, verbessert eingebracht am 1.10.2008, stellte der zunächst nicht anwaltlich vertretene, spanische Antragsteller einen Nachprüfungsantrag, dem die Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2008 in Kopie beilag. Darin begehrte er die Aufhebung "dieser ungebührlichen Entscheidung" und in der Folge den Zuschlag zu seinen Gunsten. Weiters beantragte der Antragsteller die "Annullierung des Zuschlages an B***" sowie die "Neuevaluierung" unter Berücksichtigung der laut Ausschreibung anzugebenden und bei der Angebotsöffnung öffentlich verlesenen Preise gemäß Teil B der Ausschreibungsbestimmungen. Während das zuletzt genannte Begehren mit Schriftsatz vom 21.10.2008 zurückgezogen wurde, wurde das auf "Annullierung des Zuschlages an B***" gerichtete Begehren als ein nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2008 gerichtetes Begehren neu gefasst. Darüber hinaus wurde der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG beantragt. Mit Schreiben vom 29.9.2008, verbessert eingebracht am 1.10.2008, stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 8.10.2008, N/0122-BVA/04/2008-EV18, teilweise stattgegeben wurde. Begründend wurde in den genannten Schriftsätzen im Wesentlichen vorgebracht, dass im Rahmen der Anbotsöffnung, die in Anwesenheit der Bieter stattgefunden habe, die angebotenen Preise verlesen worden seien. Der vom Antragsteller angebotene Preis habe sich auf Euro römisch 30 belaufen, wobei die Option mit Euro römisch 30 beziffert worden sei, woraus sich ein Gesamtpreis mit Optionen in der Höhe von Euro römisch 30 ergeben habe. Der Preis des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei mit Euro römisch 30 und einer Option von Euro römisch 30 verlesen worden. Der Gesamtpreis mit Optionen sei mit Euro römisch 30 beziffert worden. Der Preis des dritten Bieters sei mit Euro römisch 30 beziffert worden, wobei die Option Euro römisch 30 betragen habe, woraus sich ein Gesamtpreis mit Optionen von Euro römisch 30 ergeben habe.

E***, der bei der Angebotsöffnung für den Antragsteller neben D*** anwesend gewesen sei, sei bereits aufgefallen, dass anders als beim Antragsteller und dem dritten Bieter beim präsumtiven Zuschlagsempfänger Preise ohne Soll-Forderungen verlesen worden seien. Er habe daher bei der Angebotsöffnung darauf hingewiesen, dass es sich dabei um ein unzulässiges Alternativangebot handle. Weiters habe er festgestellt, dass beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers zwischen dem verlesenen Gesamtpreis und den Gesamtpreis ohne Optionen und ohne Soll-Forderungen und den Optionen eine Lücke von Euro XXX klaffe. Es sei von ihm daher F*** telefonisch kontaktiert worden. Dieser habe ihm mitgeteilt, die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger verlesenen Preise ohne Soll-Forderungen seien nicht zulässig, da dadurch die Angebote nicht vergleichbar wären. In der mit 15.9.2008 datierten Zuschlagsentscheidung sei darüber hinaus der Preis des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit Euro XXX beziffert worden. Der bekannt gegebene Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der Zuschlagsentscheidung unterscheide sich von dem, der anlässlich der Angebotsöffnung mitgeteilt worden sei. E***, der bei der Angebotsöffnung für den Antragsteller neben D*** anwesend gewesen sei, sei bereits aufgefallen, dass anders als beim Antragsteller und dem dritten Bieter beim präsumtiven Zuschlagsempfänger Preise ohne Soll-Forderungen verlesen worden seien. Er habe daher bei der Angebotsöffnung darauf hingewiesen, dass es sich dabei um ein unzulässiges Alternativangebot handle. Weiters habe er festgestellt, dass beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers zwischen dem verlesenen Gesamtpreis und den Gesamtpreis ohne Optionen und ohne Soll-Forderungen und den Optionen eine Lücke von Euro römisch 30 klaffe. Es sei von ihm daher F*** telefonisch kontaktiert worden. Dieser habe ihm mitgeteilt, die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger verlesenen Preise ohne Soll-Forderungen seien nicht zulässig, da dadurch die Angebote nicht vergleichbar wären. In der mit 15.9.2008 datierten Zuschlagsentscheidung sei darüber hinaus der Preis des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit Euro römisch 30 beziffert worden. Der bekannt gegebene Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der Zuschlagsentscheidung unterscheide sich von dem, der anlässlich der Angebotsöffnung mitgeteilt worden sei.

Die Ausschreibung habe zwei Optionen [Interaktive elektronische technische Publikation (ETP) und die Lieferung der Publikation auf Datenträger] enthalten. Diese seien im Unterschied zu den Soll-Forderungen zwingend anzubieten gewesen. Neben den zwei

Optionen habe der präsumtive Zuschlagsempfänger - wie der Auftraggeber im Schriftsatz bekannt gegeben habe - eine weitere Option von Euro 399.230,00 angeboten. Einen Gesamtpreis ohne Soll-Forderungen könne es nicht geben, zumal gemäß Punkt D 16.1.2. der Ausschreibungsbestimmungen nicht gesondert ausgepreiste Soll-Forderungen als im Angebotspreis enthalten zu betrachten seien. Zwischen dem Gesamtpreis mit Option (Euro XXX) und mit den Soll-Forderungen und dem - unzulässigen - Gesamtpreis mit Option, aber ohne Soll-Forderungen in der Höhe von Euro XXX liege die Differenz von Euro XXX. Offensichtlich seien - entgegen den Ausschreibungsbestimmungen in Punkt

D.16.1.2. - vom Auftraggeber ausgepreiste Soll-Forderungen in der Höhe vom Gesamtangebotspreis (mit Option) in der Höhe von Euro XXX einfach abgezogen worden. Es liege daher ein Verstoß gegen das in § 19 Abs 1 BVergG 2006 verankerte Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot vor. Es werde darauf hingewiesen, dass nach Angaben des Auftraggebers der Preis für die nicht verlangte Nachrüstung auf Mod 4 und 5 beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nur Euro XXX betragen habe, wodurch allerdings die Differenz der beiden Summen in der Höhe von Euro XXX nicht erklärt werden könne. Die Erklärungsversuche des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien widersprüchlich. Es handle sich beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der Höhe von Euro XXX um ein gemäß Punkt 5 der Ausschreibungsunterlagen ausgeschlossenes und damit unzulässiges Alternativangebot, welches gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden sei. Unter Punkt 2.5.3.4 sei keine Leistung sondern nur die Möglichkeit der Nachrüstung der Sekundärradaranlage auf Mode 4 und 5 nachgefragt worden. D.16.1.2. - vom Auftraggeber ausgepreiste Soll-Forderungen in der Höhe vom Gesamtangebotspreis (mit Option) in der Höhe von Euro römisch 30 einfach abgezogen worden. Es liege daher ein Verstoß gegen das in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 verankerte Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot vor. Es werde darauf hingewiesen, dass nach Angaben des Auftraggebers der Preis für die nicht verlangte Nachrüstung auf Mod 4 und 5 beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nur Euro römisch 30 betragen habe, wodurch allerdings die Differenz der beiden Summen in der Höhe von Euro römisch 30 nicht erklärt werden könne. Die Erklärungsversuche des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien widersprüchlich. Es handle sich beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der Höhe von Euro römisch 30 um ein gemäß Punkt 5 der Ausschreibungsunterlagen ausgeschlossenes und damit unzulässiges Alternativangebot, welches gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden sei. Unter Punkt 2.5.3.4 sei keine Leistung sondern nur die Möglichkeit der Nachrüstung der Sekundärradaranlage auf Mode 4 und 5 nachgefragt worden.

Darüber hinaus sei laut Ausführung des Auftraggebers eine "weitere Option" in der Höhe von Euro XXX zum Gesamtpreis ohne Option hinzugerechnet worden, obwohl der Gesamtpreis der Optionspreise mit insgesamt Euro XXX beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers verlesen worden sei. Nicht ausgeschriebene Optionen seien als unzulässiges Alternativangebot zu werten. Darüber hinaus sei laut Ausführung des Auftraggebers eine "weitere Option" in der Höhe von Euro römisch 30 zum Gesamtpreis ohne Option hinzugerechnet worden, obwohl der Gesamtpreis der Optionspreise mit insgesamt Euro römisch 30 beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers verlesen worden sei. Nicht ausgeschriebene Optionen seien als unzulässiges Alternativangebot zu werten.

Es sei daher davon auszugehen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger - im Unterschied zum Antragsteller - die Möglichkeit erhalten habe, eine Preisänderung bzw eine unzulässige Angebotsänderung vorzunehmen. Eine solche Preisgestaltungsmöglichkeit für den präsumtiven Zuschlagsempfänger wäre einer Wettbewerbsverzerrung gleichzusetzen. Es könne auch nicht von einem Rechenfehler ausgegangen werden.

Der Antragsteller habe eine international anerkannte Flugplatzradaranlage angeboten, um mit dem Auftraggeber einen Kunden mit Zukunftspotential zu gewinnen. Für den Antragsteller habe der österreichische Markt eine große wirtschaftliche Bedeutung, sodass ein großes Interesse am ausgeschriebenen Auftrag bestehe.

Würde der Antrag nicht an den Antragsteller vergeben, drohe der Entgang des daraus resultierenden Gewinns. Darüber hinaus seien bereits erhebliche Kosten für die Ausarbeitung des Angebotes entstanden, zu denen auch die Kosten für Übersetzungsarbeiten und Reisen zu zählen seien. Neben diesen finanziellen Einbußen drohe der Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes. Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf ordnungsgemäße Angebotsprüfung sowie in seinem Recht auf Einhaltung der Vergabegrundsätze und dem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang unterliege dem BVergG. Gemäß § 296 Abs 1 lit b EGV seien Voraussetzung für die Anwendung der Ausnahmebestimmung, die laut Judikatur des EuGH eng auszulegen sei, das Vorliegen "wesentlicher Sicherheitsinteressen". Diese würden jedoch im gegenständlichen Fall nicht vorliegen, zumal auch der Auftraggeber in seinem Schriftsatz und in der Anfragebeantwortung von 11.3.2008 darauf hingewiesen habe, dass es sich um kein militärisches Produkt handle, sondern um eine Flugplatzanlage, die auf zivilen Flugplätzen in Verwendung sei. Entgegen den Ausführungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers genüge es nicht, dass die Radaranlage in der Liste gemäß Art 296 Abs 2 EGV enthalten sei. Würde der Antrag nicht an den Antragsteller vergeben, drohe der Entgang des daraus resultierenden Gewinns. Darüber hinaus seien bereits erhebliche Kosten für die Ausarbeitung des Angebotes entstanden, zu denen auch die Kosten für Übersetzungsarbeiten und Reisen zu zählen seien. Neben diesen finanziellen Einbußen drohe der Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes. Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf ordnungsgemäße Angebotsprüfung sowie in seinem Recht auf Einhaltung der Vergabegrundsätze und dem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang unterliege dem BVergG. Gemäß Paragraph 296, Absatz eins, Litera b, EGV seien Voraussetzung für die Anwendung der Ausnahmebestimmung, die laut Judikatur des EuGH eng auszulegen sei, das Vorliegen "wesentlicher Sicherheitsinteressen". Diese würden jedoch im gegenständlichen Fall nicht vorliegen, zumal auch der Auftraggeber in seinem Schriftsatz und in der Anfragebeantwortung von 11.3.2008 darauf hingewiesen habe, dass es sich um kein militärisches Produkt handle, sondern um eine Flugplatzanlage, die auf zivilen Flugplätzen in Verwendung sei. Entgegen den Ausführungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers genüge es nicht, dass die Radaranlage in der Liste gemäß Artikel 296, Absatz 2, EGV enthalten sei.

Mit Schriftsatz vom 2.10.2008 bezifferte der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert mit Euro XXX (exkl. Ust). Der als Lieferauftrag qualifizierte, dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag sei in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben worden. Bisher sei weder eine Vergabe noch ein Widerruf erfolgt. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers handle es sich beim ausgeschriebenen Auftrag um kein militärisches Produkt. Vielmehr sei von einer Flugzeugradaranlage auszugehen, die auf zivilen Flughäfen in Verwendung stehe. Ein Beschaffungsvorgang iSv Art 296 EGV liege nicht vor. Mit Schriftsatz vom 2.10.2008 bezifferte der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert mit Euro römisch 30 (exkl. Ust). Der als Lieferauftrag qualifizierte, dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag sei in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben worden. Bisher sei weder eine Vergabe noch ein Widerruf erfolgt. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers handle es sich beim ausgeschriebenen Auftrag um kein militärisches Produkt. Vielmehr sei von einer Flugzeugradaranlage auszugehen, die auf zivilen Flughäfen in Verwendung stehe. Ein Beschaffungsvorgang iSv Artikel 296, EGV liege nicht vor.

In diesem Schriftsatz sowie in weiteren Schriftsätzen vom 3.10.2008 und 29.10.2008 brachte der Auftraggeber vor, der auf "Annullierung des Zuschlages an B****" gerichtete Nachprüfungsantrag sei mangels gesondert anfechtbarer Entscheidung unzulässig, sodass der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen sei. Die Zuständigkeit des BVA abschließende Regelung im § 312 BVergG erfasse auch nicht die vom Antragsteller begehrte "Neuevaluierung". Es sei lediglich eine Zuschlagsentscheidung am 15.9.2008 an die Bieter bekannt gegeben worden. Gemäß § 2 Z 16 lit a BVergG 2006 sei die Zuschlagsentscheidung und nicht der Zuschlag - wie im Antrag begehrt - gesondert anfechtbar. In diesem Schriftsatz sowie in weiteren Schriftsätzen vom 3.10.2008 und 29.10.2008 brachte der Auftraggeber vor, der auf "Annullierung des Zuschlages an B****" gerichtete Nachprüfungsantrag sei mangels gesondert anfechtbarer Entscheidung unzulässig, sodass der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen sei. Die Zuständigkeit des BVA abschließende Regelung im Paragraph 312, BVergG erfasse auch nicht die vom Antragsteller begehrte

"Neuevaluierung". Es sei lediglich eine Zuschlagsentscheidung am 15.9.2008 an die Bieter bekannt gegeben worden. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG 2006 sei die Zuschlagsentscheidung und nicht der Zuschlag - wie im Antrag begehrt - gesondert anfechtbar.

Gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und des Bundesvergabeamtes könne ein unzulässiges Begehren auch nicht umgedeutet werden. Die vorliegende Sachverhaltskonstellation könne nicht mit der Entscheidung des VwGH vom 30.6.2004, 2004/04/0028, zugrunde liegenden, sondern mit jenem Sachverhalt verglichen werden, der der Entscheidung des VwGH vom 24.1.2001, 2001/04/0004 zugrunde gelegen sei. Mit den Worten "Aufhebung dieser ungebührlichen Entscheidung" könne nur der "Zuschlag" nicht die Zuschlagsentscheidung gemeint sein. Bei der Neufassung in der Stellungnahme vom 21.10.2008 handle es sich um einen neuen Antrag, der bereits gemäß § 321 BVergG präkludiert sei. Bei ausländischen Staatsbürgern könne auch nicht ein geringerer Maßstab als bei österreichischen Staatsbürgern angelegt werden. Das BVergG nehme keine Rücksicht auf die Unkenntnis des Antragstellers. Gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und des Bundesvergabeamtes könne ein unzulässiges Begehren auch nicht umgedeutet werden. Die vorliegende Sachverhaltskonstellation könne nicht mit der Entscheidung des VwGH vom 30.6.2004, 2004/04/0028, zugrunde liegenden, sondern mit jenem Sachverhalt verglichen werden, der der Entscheidung des VwGH vom 24.1.2001, 2001/04/0004 zugrunde gelegen sei. Mit den Worten "Aufhebung dieser ungebührlichen Entscheidung" könne nur der "Zuschlag" nicht die Zuschlagsentscheidung gemeint sein. Bei der Neufassung in der Stellungnahme vom 21.10.2008 handle es sich um einen neuen Antrag, der bereits gemäß Paragraph 321, BVergG präkludiert sei. Bei ausländischen Staatsbürgern könne auch nicht ein geringerer Maßstab als bei österreichischen Staatsbürgern angelegt werden. Das BVergG nehme keine Rücksicht auf die Unkenntnis des Antragstellers.

Gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes dürfe gegen den erklärten Willen der Partei dem Begehren nicht eine Deutung gegeben werden, die aus dem Wortlaut des Begehrens nicht unmittelbar geschlossen werden könne, auch wenn das Begehren, so wie es gestellt worden sei, von vornherein aussichtslos oder sogar unzulässig sei. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sei die Behörde auch an das Begehren gebunden. Da sich der Antrag des Antragstellers auf Nichtigerklärung des Zuschlages und nicht der Zuschlagsentscheidung richte, sei auch dem Antrag auf "Annullierung des Zuschlages an B****" nicht statt zu geben. Die bei der Angebotsöffnung verlesenen Preise seien vom Antragsteller unrichtig und zum falschen Schluss führend dargestellt worden. Aus dem Protokoll vom 1.4.2008 gingen als verlesene Daten den präsumtiven Zuschlagsempfänger betreffend der Angebotspreis für das Radar in der Höhe von Euro XXX sowie der Optionspreis von Euro XXX und damit ein Gesamtpreis inkl. Option von Euro XXX hervor. In der Spalte 7 sei nur mehr der Gesamtpreis, nicht jedoch der Optionspreis festgeschrieben. Im Telefongespräch sei Herrn E*** mitgeteilt worden, dass ein Heranziehen eines Preises ohne Soll-Forderungen als Grundlage für das Bewertungsverfahren nicht zulässig sei, da ein Vergleich der Angebote auf dieser Grundlage nicht gewährleistet sei und daher nur Preise für Soll-Forderungen in das Bewertungsverfahren einfließen würden. Aus der Bestimmung in Punkt D 16.1.2. der Ausschreibungsunterlagen lasse sich nicht ableiten, dass eine Verlesung des Angebotspreises ohne Soll-Forderungen keineswegs den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche. Preise ohne Soll-Forderungen würden im Bewertungsverfahren unberücksichtigt bleiben. Aus der Tabelle des präsumtiven Zuschlagsempfängers gehe eindeutig hervor, dass es sich um eine gesonderte Auspreisung der Soll-Forderungen handle. Gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes dürfe gegen den erklärten Willen der Partei dem Begehren nicht eine Deutung gegeben werden, die aus dem Wortlaut des Begehrens nicht unmittelbar geschlossen werden könne, auch wenn das Begehren, so wie es gestellt worden sei, von vornherein aussichtslos oder sogar unzulässig sei. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sei die Behörde auch an das Begehren gebunden. Da sich der Antrag des Antragstellers auf Nichtigerklärung des Zuschlages und nicht der Zuschlagsentscheidung richte, sei auch dem Antrag auf "Annullierung des Zuschlages an B****" nicht statt zu geben. Die bei der Angebotsöffnung verlesenen Preise seien vom Antragsteller unrichtig und zum falschen Schluss führend dargestellt worden. Aus dem Protokoll vom 1.4.2008 gingen als verlesene Daten den präsumtiven Zuschlagsempfänger betreffend der Angebotspreis für das Radar in der Höhe von Euro römisch 30 sowie der Optionspreis von Euro römisch 30 und damit ein Gesamtpreis inkl. Option von Euro römisch 30 hervor. In der Spalte 7 sei nur mehr der Gesamtpreis, nicht jedoch der Optionspreis festgeschrieben. Im Telefongespräch sei Herrn E*** mitgeteilt worden, dass ein Heranziehen eines Preises ohne Soll-Forderungen als Grundlage für das Bewertungsverfahren nicht zulässig sei, da ein Vergleich der Angebote auf dieser Grundlage nicht gewährleistet sei und daher nur Preise für Soll-Forderungen in das Bewertungsverfahren einfließen würden. Aus der Bestimmung in Punkt D 16.1.2. der Ausschreibungsunterlagen lasse sich nicht ableiten, dass eine Verlesung des

Angebotspreises ohne Soll-Forderungen keineswegs den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche. Preise ohne Soll-Forderungen würden im Bewertungsverfahren unberücksichtigt bleiben. Aus der Tabelle des präsumtiven Zuschlagsempfängers gehe eindeutig hervor, dass es sich um eine gesonderte Auspreisung der Soll-Forderungen handle.

Aus dem verlesenen Preis Euro XXX mit dem verlesenen Optionspreis von Euro XXX und dem Wert der gesondert ausgepreisten Soll-Forderungen ergebe sich der verlesene Gesamtpreis von Euro XXX. Im Rahmen des Bewertungsverfahrens sei festgestellt worden, dass eine Position in der Höhe von Euro XXX nicht im Leistungsverzeichnis enthalten gewesen sei, somit nicht gefordert und nicht Teil des Angebotes sein könne. Die anderen Positionen seien gesondert ausgepreiste Soll-Forderungen im Gesamtwert von Euro XXX gewesen, die dem Preis ohne Sollforderung hinzugerechnet worden seien, woraus sich ein Preis von Euro XXX ergebe. Das Angebot zur Nachrüstung sei als eine "Übererfüllung" zu werten, die nicht zum Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers führen könne. Es liege auch kein unzulässiges Alternativangebot vor. Im Gegensatz zum Antragsteller habe der präsumtive Zuschlagsempfänger keinen Versuch zur Preisreduktion unternommen. Aus dem verlesenen Preis Euro römisch 30 mit dem verlesenen Optionspreis von Euro römisch 30 und dem Wert der gesondert ausgepreisten Soll-Forderungen ergebe sich der verlesene Gesamtpreis von Euro römisch 30. Im Rahmen des Bewertungsverfahrens sei festgestellt worden, dass eine Position in der Höhe von Euro römisch 30 nicht im Leistungsverzeichnis enthalten gewesen sei, somit nicht gefordert und nicht Teil des Angebotes sein könne. Die anderen Positionen seien gesondert ausgepreiste Soll-Forderungen im Gesamtwert von Euro römisch 30 gewesen, die dem Preis ohne Sollforderung hinzugerechnet worden seien, woraus sich ein Preis von Euro römisch 30 ergebe. Das Angebot zur Nachrüstung sei als eine "Übererfüllung" zu werten, die nicht zum Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers führen könne. Es liege auch kein unzulässiges Alternativangebot vor. Im Gegensatz zum Antragsteller habe der präsumtive Zuschlagsempfänger keinen Versuch zur Preisreduktion unternommen.

Betroffen sei davon nur die Möglichkeit einer späteren Nachrüstung, die vom Bieter lediglich mit Ja oder Nein zu beantworten gewesen wäre. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe diese mit Ja beantwortet und im Preis-Leistungsverzeichnis einen Preis angegeben. Damit sei dem präsumtiven Zuschlagsempfänger in keiner Phase des Verfahrens die Gelegenheit zu einer zweiten Preisgestaltung gegeben worden. Vielmehr sei ein Versuch zur nachträglichen Preisreduktion vom Antragsteller selbst erfolgt.

Durch die Formulierung in der Zuschlagsentscheidung "exkl. Ust, inkl. Optionen, ausgenommen Mode 4 und 5" sei wohl beim Antragsteller zu Unrecht der Eindruck entstanden, dass Leistungsmerkmale weggefallen seien. Auf Grund des Punkteunterschiedes von 34,1806 Punkten bei den Nutzwertpunkten könne auch nicht von einer gleichwertigen technischen Leistung gesprochen werden. Im Vergleich zum Antragsteller (Euro XXX) habe der präsumtive Zuschlagsempfänger (Euro XXX) auch einen niedrigeren Preis. Durch die Formulierung in der Zuschlagsentscheidung "exkl. Ust, inkl. Optionen, ausgenommen Mode 4 und 5" sei wohl beim Antragsteller zu Unrecht der Eindruck entstanden, dass Leistungsmerkmale weggefallen seien. Auf Grund des Punkteunterschiedes von 34,1806 Punkten bei den Nutzwertpunkten könne auch nicht von einer gleichwertigen technischen Leistung gesprochen werden. Im Vergleich zum Antragsteller (Euro römisch 30) habe der präsumtive Zuschlagsempfänger (Euro römisch 30) auch einen niedrigeren Preis.

Mit Schriftsatz vom 13.10.2008 erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen. Im Wesentlichen wurde vorgebracht, dass der gegenständliche Lieferauftrag unter die Ausnahmebestimmung des § 10 Z 2 BVergG 2006 falle. Dieser Ausnahmetatbestand beziehe sich auf Waren laut einer Liste des Rates der Europäischen Gemeinschaft vom 15.4.1958. Zu der in Ziffer 11 genannten elektronischen Ausrüstung für militärische Zwecke falle auch die Lieferung eines Flugplatzradargerätes. Der Militärflugplatz in Zeltweg diene unzweifelhaft primär militärischen Zwecken, da dieser von zivilen Luftfahrzeugen ausschließlich mit schriftlicher Benutzungs- und Landegenehmigung benutzt werden dürfe. Dafür spreche auch das intensive Sicherheitsbedürfnis in Punkt A 6 und B 14 der Ausschreibungsunterlagen, wonach die Bieter in diesem Vergabeverfahren besonderen Sicherheits- und Geheimhaltungspflichten unterworfen seien. Von einem "Dual-use"-Gerät sei nicht auszugehen. Da die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes nicht der Parteiendisposition unterliege, sei der Antrag des Antragstellers mangels Zuständigkeit zwingend zurückzuweisen. Mit Schriftsatz vom 13.10.2008 erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen. Im Wesentlichen wurde vorgebracht, dass der gegenständliche Lieferauftrag unter die Ausnahmebestimmung des Paragraph 10, Ziffer 2, BVergG 2006 falle. Dieser Ausnahmetatbestand beziehe sich auf

Waren laut einer Liste des Rates der Europäischen Gemeinschaft vom 15.4.1958. Zu der in Ziffer 11 genannten elektronischen Ausrüstung für militärische Zwecke falle auch die Lieferung eines Flugplatzradargerätes. Der Militärflugplatz in Zeltweg diene unzweifelhaft primär militärischen Zwecken, da dieser von zivilen Luftfahrzeugen ausschließlich mit schriftlicher Benutzungs- und Landegenehmigung benutzt werden dürfte. Dafür spreche auch das intensive Sicherheitsbedürfnis in Punkt A 6 und B 14 der Ausschreibungsunterlagen, wonach die Bieter in diesem Vergabeverfahren besonderen Sicherheits- und Geheimhaltungspflichten unterworfen seien. Von einem "Dual-use"-Gerät sei nicht auszugehen. Da die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten nicht der Parteiendisposition unterliege, sei der Antrag des Antragstellers mangels Zuständigkeit zwingend zurückzuweisen.

Der vom Antragsteller gestellte Nachprüfungsantrag vom 25.10.2008 bzw 30.10.2008 sei verbindlich und unveränderbar, da das Nachprüfungsverfahren streng antragsgebunden sei. Infolge Bindung an das Begehren des Antragstellers sei ein Mängelbehebungsauftrag unzulässig. Die nachträgliche Verbesserung sei daher unzulässig. Eine Antragsänderung oder ein Nachschieben von verbesserten Anträgen seien ebenfalls unzulässig.

Bei der in Anwesenheit des präsumtiven Zuschlagsempfängers stattgefundenen Anbotsöffnung und -verlesung seien die Preise des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit Euro XXX (Summe ohne Optionen), mit Euro XXX (Gesamtsumme [Pos 1 + 2]) sowie mit Euro XXX gemäß den Preisangaben des Preisangebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers ordnungsgemäß verlesen worden. Die Summe des verlesenen Preises von Euro XXX mit der zusätzlichen, nicht die Ausschreibung betreffenden Leistung ergebe den verlesenen Preis von Euro XXX. Werde davon der Preis für den zusätzlichen Leistungsteil in Abzug gebracht, ergebe sich der in der Zuschlagsentscheidung genannte Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers von Euro XXX. Es handle sich hierbei um den Preis, den der präsumtive Zuschlagsempfänger verbindlich angegeben habe. Es sei daher dem Transparenz- und Gleichheitsgrundsatz des § 19 Abs 1 BVergG 2006 entsprochen worden. Bei der in Anwesenheit des präsumtiven Zuschlagsempfängers stattgefundenen Anbotsöffnung und -verlesung seien die Preise des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit Euro römisch 30 (Summe ohne Optionen), mit Euro römisch 30 (Gesamtsumme [Pos 1 + 2]) sowie mit Euro römisch 30 gemäß den Preisangaben des Preisangebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers ordnungsgemäß verlesen worden. Die Summe des verlesenen Preises von Euro römisch 30 mit der zusätzlichen, nicht die Ausschreibung betreffenden Leistung ergebe den verlesenen Preis von Euro römisch 30. Werde davon der Preis für den zusätzlichen Leistungsteil in Abzug gebracht, ergebe sich der in der Zuschlagsentscheidung genannte Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers von Euro römisch 30. Es handle sich hierbei um den Preis, den der präsumtive Zuschlagsempfänger verbindlich angegeben habe. Es sei daher dem Transparenz- und Gleichheitsgrundsatz des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 entsprochen worden.

Einen - wie vom Antragsteller behaupteten - Gesamtpreis ohne Soll-Forderungen gebe es nicht. Der Preis von Euro XXX sei als Preis mit sämtlichen Soll-Forderungen zu verstehen, soweit hierfür ausschreibungskonform nicht eine gesonderte Auspreisung im Preisangebot durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger erfolgt sei. Die Summe von Euro XXX umfasse keine "weiteren Optionen" sondern die gesondert ausgepreisten Soll-Forderungen, auch wenn der Auftraggeber diesen Betrag beiläufig und sprachlich ungenau als "Option" bezeichnet habe. Die Tabelle 2 des Preisangebotes umfasse neben den gesondert ausgepreisten Soll-Forderungen auch einen zusätzlichen Leistungsteil (Mode 4 .und Mode 5), der nicht von der Ausschreibung umfasst sei (Euro XXX). Dieser sei in der verlesenen Gesamtsumme (Euro XXX) enthalten. Einen - wie vom Antragsteller behaupteten - Gesamtpreis ohne Soll-Forderungen gebe es nicht. Der Preis von Euro römisch 30 sei als Preis mit sämtlichen Soll-Forderungen zu verstehen, soweit hierfür ausschreibungskonform nicht eine gesonderte Auspreisung im Preisangebot durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger erfolgt sei. Die Summe von Euro römisch 30 umfasse keine "weiteren Optionen" sondern die gesondert ausgepreisten Soll-Forderungen, auch wenn der Auftraggeber diesen Betrag beiläufig und sprachlich ungenau als "Option" bezeichnet habe. Die Tabelle 2 des Preisangebotes umfasse neben den gesondert ausgepreisten Soll-Forderungen auch einen zusätzlichen Leistungsteil (Mode 4 .und Mode 5), der nicht von der Ausschreibung umfasst sei (Euro römisch 30). Dieser sei in der verlesenen Gesamtsumme (Euro römisch 30) enthalten.

Eine Verlesung weitere Preisbestandteile, insbesondere der gesondert ausgepreisten Soll-Forderungen, sei gemäß § 118 Abs 5 BVergG 2006 unzulässig gewesen. Die Nachrüstung mit Mode 4 und 5 stehe naturgemäß in einem fachlichen Zusammenhang mit der "Nachrüstbarkeit auf Mode 4 und 5". Eine Änderung der ausgeschriebenen Leistung oder des Leistungsverzeichnisses sei dadurch nicht erfolgt. Auch hätten keine Verhandlungen stattgefunden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe kein Alternativangebot gelegt. Vielmehr sei das Angebot des präsumtiven

Zuschlagsempfängers in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsvorgaben zu angemessenen und marktüblichen Preisen erstellt worden. Eine preisliche Unvereinbarkeit liege nicht vor. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei zu Recht als Bestangebot qualifiziert worden. Es werde daher die Zurück-, in eventu Abweisung der Anträge des Antragstellers beantragt. Eine Verlesung weitere Preisbestandteile, insbesondere der gesondert ausgepreisten Soll-Forderungen, sei gemäß Paragraph 118, Absatz 5, BVergG 2006 unzulässig gewesen. Die Nachrüstung mit Mode 4 und 5 stehe naturgemäß in einem fachlichen Zusammenhang mit der "Nachrüstbarkeit auf Mode 4 und 5". Eine Änderung der ausgeschriebenen Leistung oder des Leistungsverzeichnisses sei dadurch nicht erfolgt. Auch hätten keine Verhandlungen stattgefunden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe kein Alternativangebot gelegt. Vielmehr sei das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsvorgaben zu angemessenen und marktüblichen Preisen erstellt worden. Eine preisliche Unvereinbarkeit liege nicht vor. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei zu Recht als Bestangebot qualifiziert worden. Es werde daher die Zurück-, in eventu Abweisung der Anträge des Antragstellers beantragt.

In der mündlichen Verhandlung am 4.11.2008 bestätigte der Antragsteller, den auf Neuevaluierung gerichteten Antrag zurückgezogen zu haben und die übrigen Anträge aufrecht zu erhalten.

Dem hielt der Auftraggeber entgegen, dass ein unzulässiger Antrag in einen zulässigen Antrag umgewandelt wurde, der aber präkludiert sei.

Herr E*** (Antragsteller) gab an, als Kontaktperson zwischen dem Auftraggeber und dem Antragsteller im Vergabeverfahren aufgetreten zu sein und die Ausschreibungsunterlagen für den Antragsteller entgegengenommen zu haben. Beantwortungen zu potentiellen Bieteranfragen seien an den Antragsteller direkt gegangen. Vor Angebotsöffnung habe er dem Auftraggeber den Namen des Antragstellers als potentiellen Bieter bekannt gegeben. Dies wurde auch von D*** (Antragsteller) bestätigt.

D*** (Antragsteller) führte aus, dass das Angebot des Antragstellers gemäß den Ausschreibungsbedingungen erstellt worden sei und auf dieser Basis der Vertrag abgeschlossen werde. Im Hinblick auf eine generelle flexiblere Gestaltung des Vertrages seien vom Antragsteller einzelne Punkte vorgeschlagen worden. Im finanziellen Angebot seien einzelne kommerzielle Bestimmungen hervorgehoben worden, die für den Antragsteller besonders ungünstig gewesen seien. Die im finanziellen Angebot verwendete Formulierung "dass es keine großen Differenzen geben werde", sei eine Standardformulierung des Antragstellers. Bei Angeboten des Antragstellers werde immer eine Gültigkeitsdauer angeführt. Jene von 180 Tagen überschreite sogar die Gültigkeitsdauer für das Angebot gemäß der Ausschreibung. D*** (Antragsteller) bestätigte - wie im finanziellen Angebot unter Punkt 2 (Voraussetzungen) angeführt - an das Angebot einschließlich aller darin festgelegten Geschäftsbedingungen gebunden zu sein. Die Gültigkeitsdauer beziehe sich auf das Angebot unter Punkt 6. Das Schreiben vom 1.9.2008 beziehe sich auf Ersatzteile, die sowohl für das Flugplatzradar in G*** als auch in Zeltweg verwendet werden würden. Es sollten zukünftige Wartungskosten für die Ersatzteile für das Flugplatzradar in G*** und in Zeltweg reduziert werden. Außerdem sollte eine andere Zahlungsweise angeboten werden, die sich auch auf das gelegte Angebot für den Flugplatz Zeltweg erstrecke. Es sei eine Schätzung vorgenommen worden, um die finanziellen Kosten zu reduzieren. Das Kostenangebot erstrecke sich auf Punkt 10 der ALB.

Der Antragsteller verwies auf das Aufklärungsschreiben vom 15.7.2008 die kommerziellen Ausschreibungsbestimmungen betreffende Rückfrage Nr. 5. Dazu habe die Antwort des Antragstellers auf volle inhaltliche Anerkennung und Bindung an die Ausschreibungsbestimmungen gelautet. Die Kommentare seien nur als Empfehlung zu verstehen. Das Schreiben vom 1.9.2008 sei nicht Teil des Angebotes.

Der Auftraggeber betonte, dass das Angebot des Antragstellers als bedingtes Angebot zu werten sei, da es konkrete Bedingungen mit Mussforderungen enthalte. Solche Mussforderungen seien nicht verbesserbar. Im finanziellen Angebot sei ausdrücklich auf Ausschreibungsbestimmungen Bezug genommen worden. Es könne sich daher um keine Empfehlungen und Standardformulierungen handeln. Das Angebot des Antragstellers wäre auszuschneiden gewesen. Dem Antragsteller fehle die Antragslegitimation.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger bestritt ebenfalls die Antragslegitimation des Antragstellers, da es sich beim Angebot des Antragstellers um kein zuschlagsfähiges Angebot handle. Das Angebot des Antragstellers wäre auszuschneiden gewesen, sodass die Anträge des Antragstellers zurückzuweisen seien. Der Antragsteller betonte ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt zu haben. Die finanziellen Empfehlungen seien kein Bestandteil des

Angebotes. Das Angebot des Antragstellers wäre nicht auszuschneiden gewesen. Bei den Flexibilitätspunkten und der Frist handle es sich um eine übliche Vorgangsweise des Antragstellers, welche als Empfehlungen zu werten seien. Aus den Antworten des Auftraggebers gehe klar hervor, dass alle Konditionen und Fristen berücksichtigt worden seien.

In einem weiteren Schriftsatz vom 7.11.2008 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor, dass auf Grund der Unterzeichnung des Leistungsverzeichnisses kein Zweifel bestehe, dass der Antragsteller ein verbindliches Angebot mit der ausdrücklichen Anerkennung sämtlicher Angebotsbestimmungen gelegt habe. Dies werde durch die vom Antragsteller rechtsgültig unterzeichnete Bietererklärung bestätigt. Das finanzielle Angebot sei in diesem Lichte zu interpretieren, woran die "unglücklichen" Formulierungen nichts ändern könnten. Die Antwort des Antragstellers auf die "kommerzielle Rückfrage Nr. 5" des Auftraggebers stelle nicht erst die Verbindlichkeit des Angebotes her, sondern sei nur Auslegungshilfe. Mit der Formulierung im finanziellen Angebot, an den Antrag (Angebot) einschließlich aller darin festgelegten Geschäftsbedingungen gebunden zu sein, seien die Geschäftsbedingungen des Auftraggebers gemeint. Die Gültigkeitsdauer erstrecke sich auf die Zuschlagsfrist. Dies werde auch noch durch die Punkte bestätigt, bei Zuschlagserteilung in den Vertrag einzutreten bzw die in der Ausschreibung festgelegten Geschäftsbedingungen sorgfältig und gründlich gelesen zu haben.

Mit dem Wunsch nach Teilzahlungen sei angeregt worden, dass der Auftraggeber nach Zuschlag auf die Möglichkeit der Teilzahlung zurückgreifen möge. Der Antragsteller habe sich dabei auf Punkt D.16.2. der Ausschreibung bezogen, worunter für den Auftraggeber selbst Änderungen des Leistungsvertrages vorgesehen seien. Solche Änderungen würden die ausdrückliche schriftliche Genehmigung des Auftraggebers benötigen. Punkt 2 (Voraussetzungen) enthalte ausschließlich Anregungen und keine Bedingungen für die Angebotsgültigkeit. Der Antragsteller habe über eine generelle flexiblere Gestaltung entsprechend Punkt D.16.2. nach Zuschlagserteilung diskutieren wollen. Bloße Anregungen für die Zeit nach dem Zuschlag stünden nicht im Widerspruch zur Ausschreibung.

Auch bei Punkt 4. (Kommentar zu den Geschäftsbeziehungen) handle es sich um Empfehlungen und den Wunsch nach Diskussion zu bestimmten Punkten. Während die Formulierung "es werde keine großen Differenzen geben", als Standardformulierung zu verstehen sei, handle es sich bei der Formulierung "während der Vertragsverhandlung (wann immer möglich)" um eine sprachliche, aus einem Übersetzungsfehler resultierende "Verfählung". Die vom Antragsteller angesprochenen Umstände, die nicht unter die Garantie fallen würden, seien lediglich als Rechtsmeinung zu qualifizieren, die nicht bindend sei. Bei den Äußerungen zum Verhältnis von Vertragsstrafe und Schadenersatz handle es sich um einen Wunsch für die Zeit nach der Zuschlagserteilung. Dies gelte auch für den Kommentar betreffend die Vertragsauflösung und die Zahlungsmodalitäten, welche als unverbindlicher Vorschlag zu werten seien.

Mit der Rechtswirksamkeit des Antrages in Punkt 6. sei keine Befristung verbunden, sondern eine Bekräftigung der abgegebenen verbindlichen Erklärungen, sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an das Angebot gebunden zu erachten. Es sei auch die gesetzlich vorgegebene Zuschlagsfrist von fünf Monaten um 30 Tage verlängert worden. Aus dem finanziellen Angebot des Antragstellers resultiere der Wunsch, nach Zuschlagserteilung hinsichtlich des Vertragsanpassungsmanagements Details noch zu ändern. Es sei auch das Risiko in Kauf genommen worden, dass nach dem Zuschlag keine Änderungen vorgenommen würden. Es seien damit nicht in unzulässiger Weise im Rahmen der Ausschreibung Änderungen des Leistungsvertrages begehrt worden. Nach der Judikatur des EuGH vom 19.6.2008, Rs C-454/06 (APA/Presstext) seien nach Abschluss des Leistungsvertrages ohne Neuausschreibung unwesentliche Änderungen zulässig, die auch nicht wettbewerbs- verfälschend wirken könnten.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslage:römisch eins. Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl I Nr 17/2006, wurde mit BGBl I Nr 86/2007, kundgemacht am 26.11.2007, (BVerG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008 in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007,, kundgemacht am 26.11.2007, (BVerG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008 in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 13 Z 1 BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 86/2007 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das

Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Stammfassung des BGBl I Nr 17/2006 als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Darüber hinaus sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt seit dem 1.1.2008 anhängigen Nachprüfungsverfahren und für Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVergG) anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Darüber hinaus sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt seit dem 1.1.2008 anhängigen Nachprüfungsverfahren und für Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVergG) anzuwenden.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Wenn auch - wie der präsumtive Zuschlagsempfänger vorbringt - die Lieferung eines Flugplatzradargerätes in Zeltweg unter die in Z 11 genannte elektronische Ausrüstung für militärische Zwecke der in der Liste des Rates der Europäischen Gemeinschaft vom 15.4.1958 aufgezählten Waren zu subsumieren sein mag, ist daraus nicht zu schließen, dass aufgrund der Anwendung des Artikels 296 EGV der Ausnahmetatbestand von § 10 Z 2 BVergG 2006 jedenfalls vorliegen würde. Wenn auch - wie der präsumtive Zuschlagsempfänger vorbringt - die Lieferung eines Flugplatzradargerätes in Zeltweg unter die in Ziffer 11, genannte elektronische Ausrüstung für militärische Zwecke der in der Liste des Rates der Europäischen Gemeinschaft vom 15.4.1958 aufgezählten Waren zu subsumieren sein mag, ist daraus nicht zu schließen, dass aufgrund der Anwendung des Artikels 296 EGV der Ausnahmetatbestand von Paragraph 10, Ziffer 2, BVergG 2006 jedenfalls vorliegen würde.

Nach der Judikatur des EuGH reicht es nicht aus, dass die zu beschaffende Ware in der genannten Liste angeführt ist, sondern ist gemäß Artikel 296 Abs 1 lit b EGV eine weitere Voraussetzung zu erfüllen. Die (abweichende) Maßnahme (hier: keine Durchführung eines Vergabeverfahrens) muss für die Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Mitgliedsstaaten erforderlich sein [vgl VwGH 21.12.2005, 2003/04/0126 unter Verweis auf die Judikatur des EuGH in der Rechtssache C-414/97 (Kommission/Spanien)]. An dieser weiteren Voraussetzung fehlt es jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren. Wie aus dem Hinweis des Auftraggebers im Schriftsatz vom 3.10.2008 und aus der Anfragebeantwortung vom 11.3.2008 hervorgeht, handelt es sich beim ausgeschriebenen Auftrag um kein militärisches Produkt. Vielmehr wird eine Flugplatzradaranlage beschafft, die auf zivilen Flughäfen in Verwendung steht. Nach der Judikatur des EuGH reicht es nicht aus, dass die zu beschaffende Ware in der genannten Liste angeführt ist, sondern ist gemäß Artikel 296 Absatz eins, Litera b, EGV eine weitere Voraussetzung zu erfüllen. Die (abweichende) Maßnahme (hier: keine Durchführung eines Vergabeverfahrens) muss für die Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Mitgliedsstaaten erforderlich sein [vgl VwGH 21.12.2005, 2003/04/0126 unter Verweis auf die Judikatur des EuGH in der Rechtssache C-414/97 (Kommission/Spanien)]. An dieser weiteren Voraussetzung fehlt es jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren. Wie aus dem Hinweis des Auftraggebers im Schriftsatz vom 3.10.2008 und aus der Anfragebeantwortung vom 11.3.2008 hervorgeht, handelt es sich beim ausgeschriebenen Auftrag um kein militärisches Produkt. Vielmehr wird eine Flugplatzradaranlage beschafft, die auf zivilen Flughäfen in Verwendung steht.

Hinzu kommt, dass nach der Judikatur des EuGH Ausnahmetatbestände restriktiv zu interpretieren sind [vgl EuGH 28.3.1996, Rs C-318/94 (Kommission/Deutschland); 2.6.2006, Rs C- 394/02 (Kommission/Griechenland)] und die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen der eine Ausnahme rechtfertigenden außergewöhnlichen Umstände derjenige trägt, der sich auf diese Ausnahme berufen will [EuGH 13.10.2005, Rs C-485/03 (Parkring Brixen GmbH/Gemeinde Brixen und Stadtwerke Brixen AG), 10.3.1987, Rs C-199/85 (Kommission/Italien)].

Der präsumtive Zuschlagsempfänger beruft sich auf die Bestimmungen in Punkt A 6 und B 14 der Ausschreibungsunterlagen, wonach die Bieter in diesem Vergabeverfahren besonderen Sicherheits- und Geheimhaltungspflichten unterworfen seien. Daraus kann aber nicht auf das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes des § 10 Z 2 BVergG 2006 geschlossen werden. Wie sich aus der Judikatur des EuGH ergibt, hindert die Notwendigkeit,

eine Geheimhaltungspflicht vorzusehen, keineswegs den Auftrag im Wege eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens zu vergeben [vgl. EuGH 8.4.2008, C-337/05 (Kommission/Italien)]. Ein Beschaffungsvorgang im Sinne des Ausnahmetatbestandes des § 10 Z 2 BVergG 2006 (Artikel 296 EGV) liegt daher nicht vor, sondern ein Auftragsgegenstand, der dem sachlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes in der jeweils geltenden Fassung unterliegt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger beruft sich auf die Bestimmungen in Punkt A 6 und B 14 der Ausschreibungsunterlagen, wonach die Bieter in diesem Vergabeverfahren besonderen Sicherheits- und Geheimhaltungspflichten unterworfen seien. Daraus kann aber nicht auf das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes des Paragraph 10, Ziffer 2, BVergG 2006 geschlossen werden. Wie sich aus der Judikatur des EuGH ergibt, hindert die Notwendigkeit, eine Geheimhaltungspflicht vorzusehen, keineswegs den Auftrag im Wege eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens zu vergeben [vgl. EuGH 8.4.2008, C-337/05 (Kommission/Italien)]. Ein Beschaffungsvorgang im Sinne des Ausnahmetatbestandes des Paragraph 10, Ziffer 2, BVergG 2006 (Artikel 296 EGV) liegt daher nicht vor, sondern ein Auftragsgegenstand, der dem sachlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes in der jeweils geltenden Fassung unterliegt.

Die Republik Österreich (Bund) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006. Die Republik Österreich (Bund) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006.

Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag im Sinne von § 5 BVergG 2006 zu qualifizieren. Mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 8.930.000 (exkl. Ust) ist der Schwellenwert überschritten. Es liegt ein Auftrag im Oberschwellenbereich vor. Im gegenständlichen Verfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag im Sinne von Paragraph 5, BVergG 2006 zu qualifizieren. Mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 8.930.000 (exkl. Ust) ist der Schwellenwert überschritten. Es liegt ein Auftrag im Oberschwellenbereich vor. Im gegenständlichen Verfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen.

III. Zu Spruchpunkt I. 2. und I. 3. römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch eins. 2. und römisch eins. 3

Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens ist im § 312 Abs 2 BVergG abschließend geregelt (vgl. dazu auch Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §162 Rz 52). Danach ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig 1. zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie 2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller gemachten Beschwerdepunkte. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens ist im Paragraph 312, Absatz 2, BVergG abschließend geregelt (vergleiche dazu auch Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §162 Rz 52). Danach ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig 1. zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie 2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller gemachten Beschwerdepunkte.

Bei dem auf den "Zuschlag für A***" (Spruchpunkt I.2.) gerichteten Begehren handelt es sich um keine einer Nichtigerklärung zugängliche gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne von § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006. Dieses im Ergebnis auf Zuschlagserteilung an ihn selbst gerichtete Begehren stellt nicht auf die Nichtigerklärung einer zulässigen gesondert anfechtbaren Entscheidung im Sinne von § 312 Abs 2 Z 2 BVergG ab. Es fällt nicht in den Zuständigkeitsbereich des Bundesvergabeamtes, an Stelle des Auftraggebers Akte des öffentlichen Auftraggebers wie den Widerruf oder die Vergabe von Leistungen zu setzen (vgl. VwGH 7.11.2005, 2005/04/0061; Bei dem auf den "Zuschlag für A***" (Spruchpunkt römisch eins.2.) gerichteten Begehren handelt es sich um keine einer Nichtigerklärung zugängliche gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne von Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Dieses im Ergebnis auf Zuschlagserteilung an ihn selbst gerichtete Begehren stellt nicht auf die Nichtigerklärung einer zulässigen gesondert anfechtbaren Entscheidung im Sinne von Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ab. Es fällt nicht in den Zuständigkeitsbereich des Bundesvergabeamtes, an Stelle des Auftraggebers Akte des öffentlichen Auftraggebers wie den Widerruf oder die Vergabe von Leistungen zu setzen (vergleiche VwGH 7.11.2005, 2005/04/0061;

27.1.2006, 2005/04/0202; 30.4.2008, 2007/04/0060). Das genannte Begehren ist daher gemäß § 322 Abs 2 Z 1 BVergG

als unzulässig zurückzuweisen (vgl. BVA 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 27.1.2006, 2005/04/0202; 30.4.2008, 2007/04/0060). Das genannte Begehren ist daher gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG als unzulässig zurückzuweisen vergleiche BVA 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20).

Ebenso handelt es sich bei dem Antrag auf "Annullierung des Zuschlages an B***" um keine, einer Nichtigerklärung zugängliche gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne von § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006. Dieses Begehren ist vielmehr auf die Beseitigung eines Zuschlages, der noch nicht erteilt ist, gerichtet und ist daher ebenso als unzulässig iSv § 322 Abs 2 Z 1 BVergG zurückzuweisen. Ein solches, vorweg verfehltes Begehren ist auch nicht einer Verbesserung zugänglich (vgl. VwGH 24.1.2001, 2001/04/0004; 17.11.2004, 2002/04/0176; 1.3.2004, 2004/04/0012; ebenso BVA 15.2.2006, 07N-05/06-34; 13.1.2005, 07N-120/04-27). Ebenso handelt es sich bei dem Antrag auf "Annullierung des Zuschlages an B***" um keine, einer Nichtigerklärung zugängliche gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne von Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Dieses Begehren ist vielmehr auf die Beseitigung eines Zuschlages, der noch nicht erteilt ist, gerichtet und ist daher ebenso als unzulässig iSv Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zurückzuweisen. Ein solches, vorweg verfehltes Begehren ist auch nicht einer Verbesserung zugänglich vergleiche VwGH 24.1.2001, 2001/04/0004; 17.11.2004, 2002/04/0176; 1.3.2004, 2004/04/0012; ebenso BVA 15.2.2006, 07N-05/06-34; 13.1.2005, 07N-120/04-27).

IV. Zu Spruchpunkt I.1. (Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2008) römisch vier. Zu Spruchpunkt römisch eins.1. (Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2008)

1. 1. Ziffer eins

Zulässigkeit des Antrages:

Dem Nachprüfungsantrag vom 25.9.2008 lag in der Anlage 1 die Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2008 bei. Auf diese wird ausdrücklich im Nachprüfungsantrag Bezug genommen und unter anderem im Nachprüfungsantrag "die Aufhebung dieser ungebührlichen Entscheidung" begehrt. Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers ist der Antragsteller damit der formalen Voraussetzung der genauen Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung nachgekommen. Damit ergibt sich eindeutig, dass der Antragsteller die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2008 begehrt (vgl. dazu auch VwGH 3.6.2004, 2004/04/0028). Dem Nachprüfungsantrag vom 25.9.2008 lag in der Anlage 1 die Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2008 bei. Auf diese wird ausdrücklich im Nachprüfungsantrag Bezug genommen und unter anderem im Nachprüfungsantrag "die Aufhebung dieser ungebührlichen Entscheidung" begehrt. Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers ist der Antragsteller damit der formalen Voraussetzung der genauen Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung nachgekommen. Damit ergibt sich eindeutig, dass der Antragsteller die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2008 begehrt vergleiche dazu auch VwGH 3.6.2004, 2004/04/0028).

Hierbei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006. Da darüber hinaus die übrigen formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG vorliegen, ist der Nachprüfungsantrag insoweit zulässig. Hierbei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Da darüber hinaus die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG vorliegen, ist der Nachprüfungsantrag insoweit zulässig.

1. 2. Ziffer 2

Vorgaben in der Ausschreibung:

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. 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 maßgeblich (vgl. VwGH 29.3.2006, ZI

2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 10.10.2007, F/0003- BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21; 28.7.2006, N/0048- BVA/15/2006-28 u.v.a.). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, 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 maßgeblich vergleiche VwGH 29.3.2006, ZI 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 10.10.2007, F/0003- BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21; 28.7.2006, N/0048- BVA/15/2006-28 u.v.a.).

Unter Zugrundelegung dieses Interpretationsmaßstabes ergibt sich eindeutig sowohl aus der Bekanntmachung als auch aus der mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen Ausschreibung (vgl VwGH 25.6.2008, 2006/04/0116; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.), unter Punkt A 2 der allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen, in dem ausdrücklich das offene Verfahren genannt wurde, dass der Auftraggeber für die Abwicklung des gegenständlichen Vergabeverfahrens das offene Verfahren gewählt hat. Nach der Judikatur des EuGH, ist der Auftraggeber auch an die einmal festgelegte Vergabeverfahrensart gebunden [EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, (Kommission/Belgien); BVA 23.9.2003, 14N-78/03-18]. Unter Zugrundelegung dieses Interpretationsmaßstabes ergibt sich eindeutig sowohl aus der Bekanntmachung als auch aus der mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen Ausschreibung vergleiche VwGH 25.6.2008, 2006/04/0116; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.), unter Punkt A 2 der allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen, in dem ausdrücklich das offene Verfahren genannt wurde, dass der Auftraggeber für die Abwicklung des gegenständlichen Vergabeverfahrens das offene Verfahren gewählt hat. Nach der Judikatur des EuGH, ist der Auftraggeber auch an die einmal festgelegte Vergabeverfahrensart gebunden [EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, (Kommission/Belgien); BVA 23.9.2003, 14N-78/03-18].

Im Teil D hat der Auftraggeber die kommerziellen Bestimmungen für den Lieferauftrag vorgegeben. Dazu zählten unter anderem neben den in Punkt D 20 geregelten Bestimmungen für die Vertragsstrafe bei Lieferüberschreitung bzw Nichterfüllung, auch unter Punkt D 24 die Bestimmungen für die Zahlungsart und Zahlungsbedingungen, unter Punkt D 27 die Bestimmungen zum Rücktritt vom Vertrag sowie unter Punkt D 28 die Bestimmungen zur Garantie. Zu den einen Bestandteil der Ausschreibung bildenden Beilagen gehörten neben dem Leistungsverzeichnis (E1) auch die Bietererklärung (E5), die beide dem Angebot unterzeichnet beizulegen war. Mit der Unterzeichnung der Bietererklärung erklärte der Bieter unter anderem, die Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung anzuerkennen. Mit der Unterzeichnung des Leistungsverzeichnisses (E1) erklärte der Bieter, die Bestimmungen der Ausschreibung zu kennen und bereit zu sein, die ausgeschriebene Leistung zu den uneingeschränkt anerkannten Bestimmungen zu erbringen sowie sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden zu erachten. Mit der Unterzeichnung des Leistungsverzeichnisses bestätigte der Bieter weiters, dass die von ihm schriftlich gemachten Angaben als Angebot im Sinne des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG) gelten.

Aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C- 448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; 11.1.2008, N/112-BVA/14/2007- 20; u.a.] war davon auszugehen, dass für das Anbot uneingeschränkt die Vorgaben der Ausschreibung und zwar auch hinsichtlich der kommerziellen Bestimmungen im Teil D der Ausschreibungsbestimmungen insbesondere auch hinsichtlich Punkt D 20 (Vertragsstrafe), D 24 (Zahlungsart und -bestimmungen), D 27 (Rücktritt vom Vertrag) und hinsichtlich Punkt D 28 (Garantie) gelten und daher dem Angebot zugrunde zu legen waren.

1. 3.Ziffer 3

Das Angebot des Antragstellers

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist für das Angebot eines Bieters als Interpretationsmaßstab der

objektive Erklärungswert heranzuziehen (vgl VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20). Die gebotene Anlegung dieses Interpretationsmaßstabes führt gegenständlich zu dem eindeutigen Ergebnis, dass das Angebot des Antragstellers auch einen von ihm als "finanzielles Angebot" betitelten Angebotsteil umfasst, der - entgegen dem Vorbringen des Antragstellers - als Bestandteil des Angebotes des Antragstellers in seiner Gesamtheit anzusehen ist. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist für das Angebot eines Bieters als Interpretationsmaßstab der objektive Erklärungswert heranzuziehen (vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20). Die gebotene Anlegung dieses Interpretationsmaßstabes führt gegenständlich zu dem eindeutigen Ergebnis, dass das Angebot des Antragstellers auch einen von ihm als "finanzielles Angebot" betitelten Angebotsteil umfasst, der - entgegen dem Vorbringen des Antragstellers - als Bestandteil des Angebotes des Antragstellers in seiner Gesamtheit anzusehen ist.

Dies ergibt sich bereits aus der in Punkt 1.1. (Allgemeines) einleitend verwendeten Formulierung über den Inhalt des finanziellen Angebotes mit den finanziellen Voraussetzungen, den Preisinformationen, dem vorgeschriebenen Zahlungsplan und dem ersten Kommentar zu den Geschäftsbedingungen des Vertrages sowie der sich daran anschließenden Gliederung in Hauptabschnitte unter Punkt 1.2. (Dokumentgliederung), in der neben dem unterzeichneten Leistungsverzeichnis mit den angebotenen Preisen (Abschnitt 3) auch die finanziellen Voraussetzungen für die Preiskalkulation (Abschnitt 2), der Zahlungsplan (Abschnitt 4), der Kommentar der Geschäftsbedingungen des Vertrages (Abschnitt 5) und die Erklärung der Rechtsgültigkeit des Antrages (Abschnitt 6) aufgezählt werden.

Wie der Antragsteller unter dem als "finanzielle Voraussetzungen für die Preiskalkulation" betitelten Abschnitt 2 des finanziellen Angebotes - und somit in seinem Angebot - ausführt, erachtet er sich an den Antrag, einschließlich aller darin festgelegten Geschäftsbedingungen gebunden. Dass unter diesen Geschäftsbedingungen nur die Geschäftsbedingungen des Auftraggebers zu verstehen sein sollten - wie der Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 7.11.2008 vorbringt - ist für das Bundesvergabeamt nicht nachvollziehbar. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich die Wortfolge "einschließlich aller darin festgelegten Geschäftsbedingungen" schon dem ausdrücklichen Wortlaut nach auf den Antrag des Antragstellers und damit auf sein gelegtes Angebot bezieht.

Es liegt dabei nicht bloß eine unglückliche Formulierung vor, wie der Antragsteller in seinem Schriftsatz vorbringt. Auch der für den Antragsteller das Leistungsverzeichnis unterzeichnende D***hat in der mündlichen Verhandlung am 4.11.2008 angegeben und damit bestätigt, - wie im finanziellen Angebot unter dem Abschnitt 2 (finanzielle Voraussetzungen für die Preiskalkulation) angeführt - an das Angebot einschließlich aller darin festgelegten Geschäftsbedingungen gebunden zu sein.

Für eine andere Interpretation spricht auch nicht - wie der Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 7.11.2008 vorbringt - dass der Antragsteller hinweist, die Ausschreibungsbestimmungen sorgfältig und gründlich gelesen zu haben. Hätte der Antragsteller diese Ausschreibungsbestimmungen nicht auf diese Art und Weise gelesen, hätte er auch nicht den "Kommentar zu den Geschäftsbedingungen des Vertrages" verfassen können. Die Bekräftigung des Antragstellers, nach Erhalt des Zuschlags in den Vertrag einzutreten, schließt nicht vor Zuschlagserteilung seine begehrten Vertragsverhandlungen aus, bei denen der Antragsteller - wie anschließend ausgeführt - ohnehin davon ausgeht, dass es keine großen Differenzen geben werde.

Wie sich aus dem Hinweis zum Abschnitt 5 (Kommentare zu den Geschäftsbedingungen) des finanziellen Angebotes des Antragstellers weiters ergibt, geht dieser von Vertragsverhandlungen aus, wobei der Antragsteller vorausgesetzt, "dass es keine großen Differenzen gebe". Entgegen der Darstellung des Antragstellers handelt es sich dabei um keine bloßen Empfehlungen oder lediglich um den Wunsch nach Diskussion bestimmter Punkte. Vielmehr gehen aus den einzelnen Punkten ganz konkrete Forderungen des Antragstellers mit einem "Muss-Anspruch" nach Regelungen zu Gunsten des Antragstellers hervor.

So begehrt der Antragsteller die obligatorische Festlegung, dass eine Vertragsstrafe im Fall des Verzuges die einzige Form des Schadenersatzanspruches sein soll oder fordert etwa im Hinblick auf die Aufzählung von Gründen für eine Vertragsauflösung durch den Auftraggeber obligatorisch auch die Anführung von Gründen, die den Antragsteller seinerseits zur Vertragsauflösung berechtigen. Auf solche "konkreten Bedingungen", denen der Charakter einer "Mussforderung" zukommt, wies auch der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung am 4.11.2008 hin.

Die Ausführungen des Antragstellers zur Garantie im finanziellen Angebot im genannten Abschnitt sind auch nicht als

"Rechtsmeinung" zu qualifizieren - wie vom ihm im Schriftsatz vom 7.11.2008 behauptet wird. Vielmehr zählt der Antragsteller Umstände auf, unter denen keine Garantie gewährt werden soll bzw schließt eine solche Garantie aus. Zahlungen vor dem vertraglich vereinbarten Termin sollen zwischen den Parteien vereinbart werden, wobei in der Folge im finanziellen Angebot ein konkreter Zahlungsplan für Zahlungen vor dem in der Ausschreibung vereinbarten Termin vorgelegt wurde. Begehrt wird dazu die Besprechung mit dem Auftraggeber.

Inwiefern es sich bei der im zuletzt genannten Abschnitt (Kommentar zu den Geschäftsbedingungen des Vertrages) verwendeten Formulierung "es werde keine großen Differenzen geben" um eine Standardformulierung handeln soll - wie der Antragsteller vermeint - ist dem Bundesvergabeamt nicht ersichtlich. Vielmehr setzt der Antragsteller voraus, dass es zwischen dem Auftraggeber und ihm gleichsam bezüglich der in seinem finanziellen Angebot aufgezählten Punkte im oben genannten Abschnitt zur Einigung kommen wird.

Hinsichtlich des Vorbringens des Antragstellers, dass es sich bei der im zuletzt genannten Abschnitt verwendeten Formulierung "während der Vertragsverhandlungen (wann immer möglich)" um einen Übersetzungsfehler handle, wird darauf verwiesen, dass gemäß Punkt B 1 (grundsätzliche Bestimmungen) der Ausschreibungsunterlagen sämtliche antragsbezogene Unterlagen in deutscher Sprache vorzulegen waren und Rückfragen, Korrespondenzen etc. ebenfalls in deutscher Sprache zu erfolgen hatten. Lediglich technische Ausarbeitungen und Beschreibungen waren in englischer Sprache als Beilage zum Angebot zulässig. Beim finanziellen Angebot und dem betroffenen Abschnitt handelt es sich jedenfalls nicht um eine technische Ausarbeitung oder eine Beschreibung, sodass für das Angebot die deutsche Ausführung als verbindlich zu werten ist.

Unter Zugrundelegung des oben genannten Interpretationsmaßstabes für das Angebot geht - wie bereits oben erwähnt - hervor, dass der Antragsteller von Vertragsverhandlungen ausgegangen ist. Dies spiegelt sich auch in dem mit 1.9.2008 datierten Schreiben des Antragstellers an den Auftraggeber wider, in dem der Antragsteller auf den von ihm vorgeschlagenen Zahlungsplan im finanziellen Angebot (Mappe B, Heft 1, Punkt 5) konkret Bezug nimmt und die Herabsetzung des Gesamtpreises des Angebotes um weitere Euro XXX anbietet. Darauf hat auch der Auftraggeber in seinem Schriftsatz hingewiesen. Unter Zugrundelegung des oben genannten Interpretationsmaßstabes für das Angebot geht - wie bereits oben erwähnt - hervor, dass der Antragsteller von Vertragsverhandlungen ausgegangen ist. Dies spiegelt sich auch in dem mit 1.9.2008 datierten Schreiben des Antragstellers an den Auftraggeber wider, in dem der Antragsteller auf den von ihm vorgeschlagenen Zahlungsplan im finanziellen Angebot (Mappe B, Heft 1, Punkt 5) konkret Bezug nimmt und die Herabsetzung des Gesamtpreises des Angebotes um weitere Euro römisch 30 anbietet. Darauf hat auch der Auftraggeber in seinem Schriftsatz hingewiesen.

Inwiefern sich der Antragsteller auf Vertragsverhandlungen zum Zeitpunkt nach der Zuschlagserteilung beschränken habe wollen - wie er erstmals in seinem Schriftsatz vom 7.11.2008 vorbringt - kann der Formulierung "während der Vertragsverhandlungen (wann immer möglich)" nicht entnommen werden. Ebenso wenig bietet der Formulierung unter Abschnitt 6 (Erklärung der Rechtsgültigkeit des Antrages) zur Dauer der Rechtswirksamkeit des "Antrages" des Antragstellers, mit 180 Kalendertagen ab dem Tag "nach dem für die Eröffnung des Antrages vorgesehenen Tag" einen Ansatzpunkt für eine dahingehende Auslegung.

Abgesehen davon, dass sich der Antragsteller mit der von ihm gewählten Formulierung eben nicht auf Vertragsverhandlungen nach Zuschlagserteilung beschränkt hat, kann sich der Antragsteller im Rahmen seiner Argumentation auch nicht mit Erfolg auf die Judikatur des EuGH vom 19.6.2008, Rs C-454/06 (Presstext/APA) berufen, wonach nach Abschluss des Leistungsvertrages unwesentliche Änderungen ohne Neuausschreibung zulässig sind. Aus dem zitierten Judikat des EuGH geht nämlich nicht hervor, dass ein Bieter in einem offenen Verfahren unter dem Titel "Vertragsanpassungsmanagement" bereits in seinem Angebot von der Führung von Vertragsverhandlungen nach Zuschlagserteilung zu bestimmten Punkten der präkludierten Ausschreibung, die für ihn besonders ungünstig wären (so D*** in der mündlichen Verhandlung am 4.11.2008), ausgehen kann. Dies würde auf eine Umgehung der mangels Anfechtung bestandfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen hinauslaufen. Außerdem würde es sich bei der Festlegung von Vertragsauflösungsgründen für den Antragsteller, dem Ausschluss von Schadenersatzansprüchen bei einer Vertragsstrafe im Fall des Verzuges oder den Zahlungsmodalitäten um keine unwesentlichen Änderungen handeln, die keinen Einfluss auf den Wettbewerb hätten.

Soweit sich der Antragsteller auf Punkt D.16.2. der Ausschreibung stützt, ist darauf zu verweisen, dass in der Ausschreibung grundsätzlich Festlegungen getroffen wurden, die sich auf den nach der Zuschlagserteilung liegenden

Zeitraum beziehen. Die Ausschreibungsbestimmung in Punkt D.16.2. enthält diesbezüglich eine Formvorschrift, die der Rechtssicherheit dient. Diese Bestimmung könnte - entgegen der Ansicht des Antragstellers - auch nicht dahingehend interpretiert werden, dass ein Bieter in einem offenen Verfahren bereits im Angebot von Vertragsverhandlungen ausgehen könnte und auf diese Weise Änderungen der bereits bestandfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen mit Verhandlungen herbeiführen könnte.

Unter Zugrundelegung des anzuwendenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes für das Angebot des Bieters (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008- 20) ist im gegenständlichen Verfahren vielmehr davon auszugehen, dass dem Anbot vom Antragsteller - seinen darin festgelegten Erklärungen zufolge - von den kommerziellen Vorgaben in der bestandfest gewordenen Ausschreibung (Teil D) abweichenden Bestimmungen insbesondere zur Vertragsstrafe, der Garantie, der Vertragsauflösung und den Zahlungsbedingungen in Verbindung mit Verhandlungen mit dem Auftraggeber zugrunde gelegt wurden. Dies hat die Unterkommission des Auftraggebers für den kommerziellen Bereich - wie sich aus einem mit 21.5.2008 datierten Sitzungsbericht ergibt - auch richtig erkannt. Unter Zugrundelegung des anzuwendenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes für das Angebot des Bieters vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008- 20) ist im gegenständlichen Verfahren vielmehr davon auszugehen, dass dem Anbot vom Antragsteller - seinen darin festgelegten Erklärungen zufolge - von den kommerziellen Vorgaben in der bestandfest gewordenen Ausschreibung (Teil D) abweichenden Bestimmungen insbesondere zur Vertragsstrafe, der Garantie, der Vertragsauflösung und den Zahlungsbedingungen in Verbindung mit Verhandlungen mit dem Auftraggeber zugrunde gelegt wurden. Dies hat die Unterkommission des Auftraggebers für den kommerziellen Bereich - wie sich aus einem mit 21.5.2008 datierten Sitzungsbericht ergibt - auch richtig erkannt.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Antragsteller im von ihm unterzeichneten Leistungsverzeichnis erklärte, die Bestimmungen der Ausschreibung und die "Allgemeinen Leistungs(Liefer)bestimmungen (ALB) des Bundesministeriums für Landesverteidigung und seiner nachgeordneten Dienststellen, Ausgabe 2002" zu kennen und bereit zu sein, die ausgeschriebene Leistung in der angegebenen Form zu diesen uneingeschränkt anerkannten Bestimmungen zu erbringen. Gleichzeitig erklärte der Antragsteller nämlich, dass die vom Bieter schriftlich gemachten Angaben als Angebot im Sinne des Bundesvergabegesetzes 2006 gelten. Damit basiert das Anbot des Antragstellers auf von den kommerziellen Vorgaben in der bestandfest gewordenen Ausschreibung (Teil D) abweichenden Bestimmungen, insbesondere zur Vertragsstrafe, zur Garantie, zur Vertragsauflösung und zu den Zahlungsbedingungen in Verbindung mit Verhandlungen mit dem Auftraggeber.

Darüber hinaus wäre in Fällen einander widersprechender Willenserklärungen, bei denen sich ein eindeutiger Inhalt nicht ermitteln lässt, die Zweifelsregel des § 915 ABGB anzuwenden (siehe OGH 27.1.1998, 2Ob 36/98b, RS 01019295 = MietSIG 50.086; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 21.5.2008, N/0044- BVA/09/2008-24 u.a.). Bedient sich bei einem zweiseitigen verbindlichen Vertrag eine Partei einer undeutlichen Äußerung, ist diese nach § 915 ABGB (zweiter Fall) zu ihrem Nachteil auszulegen. Der genannte "zweite Fall" des § 915 leg. cit. kommt zur Anwendung, da im Fall des Vertragsabschlusses ein zweiseitig verbindliches (entgeltliches) Rechtsgeschäft - und nicht ein einseitig verbindliches (unentgeltliches) Rechtsgeschäft, auf welches der "erste Fall" des § 915 leg. cit. anzuwenden wäre - vorliegt [Rummel in Rummel, § 915 Rz 2 "Bankgarantie behandelt in der Rsp und Abgabe von EvBl 1973/177 (in der Regel einseitig verbindlich) zutreffend nach Fall 2; vgl. JBl 1978, 3, Rz 8 zu § 880a]. Die Praxis behandelt auch sonst einseitige Erklärungen nach Fall 2 (vgl. Rummel in Rummel, § 915 Rz 2). Darüber hinaus wäre in Fällen einander widersprechender Willenserklärungen, bei denen sich ein eindeutiger Inhalt nicht ermitteln lässt, die Zweifelsregel des Paragraph 915, ABGB anzuwenden (siehe OGH 27.1.1998, 2Ob 36/98b, RS 01019295 = MietSIG 50.086; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 21.5.2008, N/0044- BVA/09/2008-24 u.a.). Bedient sich bei einem zweiseitigen verbindlichen Vertrag eine Partei einer undeutlichen Äußerung, ist diese nach Paragraph 915, ABGB (zweiter Fall) zu ihrem Nachteil auszulegen. Der genannte "zweite Fall" des Paragraph 915, leg. cit. kommt zur Anwendung, da im Fall des Vertragsabschlusses ein zweiseitig verbindliches (entgeltliches) Rechtsgeschäft - und nicht ein einseitig verbindliches (unentgeltliches) Rechtsgeschäft, auf welches der "erste Fall" des Paragraph 915, leg. cit. anzuwenden wäre - vorliegt [Rummel in Rummel, Paragraph 915, Rz 2 "Bankgarantie behandelt in der Rsp und Abgabe von EvBl 1973/177 (in der Regel einseitig verbindlich) zutreffend nach Fall 2; vergleiche JBl 1978, 3, Rz 8 zu Paragraph 880 a,], Die Praxis behandelt auch sonst einseitige Erklärungen nach Fall 2 vergleiche Rummel in Rummel, Paragraph 915, Rz 2).

Damit sind die Angaben im Angebot des Antragstellers zur Anerkennung der Bestimmungen der Ausschreibung im Leistungsverzeichnis einerseits und zu den von dieser Erklärung abweichenden Ausführungen im finanziellen Angebot des Antragstellers andererseits jedenfalls nach dem 2. Fall des § 915 leg. cit. zu behandeln. Ein Bieter, der unklare oder undeutliche Angaben macht, muss sich die daraus entstehenden Nachteile zurechnen lassen (vgl. dazu auch BVA 21.5.2008, N/0044-BVA/09/2008-24, 19.5.2008, N/0045-BVA/10/2008-41 u.a.). Damit wäre aber nicht zuletzt auch unter diesem Aspekt davon auszugehen, dass das Anbot des Antragstellers auf von den kommerziellen Vorgaben in der bestandfest gewordenen Ausschreibung (Teil D) abweichenden Bestimmungen, insbesondere zur Vertragsstrafe, zur Garantie, zur Vertragsauflösung und zu den Zahlungsbedingungen in Verbindung mit Verhandlungen mit dem Auftraggeber basierte. Damit sind die Angaben im Angebot des Antragstellers zur Anerkennung der Bestimmungen der Ausschreibung im Leistungsverzeichnis einerseits und zu den von dieser Erklärung abweichenden Ausführungen im finanziellen Angebot des Antragstellers andererseits jedenfalls nach dem 2. Fall des Paragraph 915, leg. cit. zu behandeln. Ein Bieter, der unklare oder undeutliche Angaben macht, muss sich die daraus entstehenden Nachteile zurechnen lassen vergleiche dazu auch BVA 21.5.2008, N/0044-BVA/09/2008-24, 19.5.2008, N/0045-BVA/10/2008-41 u.a.). Damit wäre aber nicht zuletzt auch unter diesem Aspekt davon auszugehen, dass das Anbot des Antragstellers auf von den kommerziellen Vorgaben in der bestandfest gewordenen Ausschreibung (Teil D) abweichenden Bestimmungen, insbesondere zur Vertragsstrafe, zur Garantie, zur Vertragsauflösung und zu den Zahlungsbedingungen in Verbindung mit Verhandlungen mit dem Auftraggeber basierte.

Aufgrund der im Angebot des Antragstellers enthaltenen abweichenden kommerziellen Geschäftsbedingungen in Verbindung mit dem Verhandlungsbegehren liegt ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor, das gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuscheiden gewesen wäre. Diese vom Antragsteller in seinem Angebot vorgegebenen, von der Ausschreibung abweichenden Geschäftsbedingungen samt dem Verhandlungsbegehren sind - entgegen der ursprünglichen Ansicht des Auftraggebers - auch keiner verbindlichen schriftlichen Aufklärung zugänglich. Diese können nicht in Folge der Aufklärungsaufforderung des Auftraggebers vom 3.7.2008 durch eine nachträglich am 23.7.2008 nachgereichte, mit 1.4.2008 datierte, unterzeichnete Bietererklärung des Antragstellers bereinigt werden. Aufgrund der im Angebot des Antragstellers enthaltenen abweichenden kommerziellen Geschäftsbedingungen in Verbindung mit dem Verhandlungsbegehren liegt ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor, das gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuscheiden gewesen wäre. Diese vom Antragsteller in seinem Angebot vorgegebenen, von der Ausschreibung abweichenden Geschäftsbedingungen samt dem Verhandlungsbegehren sind - entgegen der ursprünglichen Ansicht des Auftraggebers - auch keiner verbindlichen schriftlichen Aufklärung zugänglich. Diese können nicht in Folge der Aufklärungsaufforderung des Auftraggebers vom 3.7.2008 durch eine nachträglich am 23.7.2008 nachgereichte, mit 1.4.2008 datierte, unterzeichnete Bietererklärung des Antragstellers bereinigt werden.

Die vom Auftraggeber an den Antragsteller ergangene Aufforderung zur Aufklärung, ob er alle Ausschreibungsbestimmungen voll inhaltlich anerkenne oder ob sein Angebot nur mit Anerkennung seiner eigenen kommerziellen Bestimmungen durch den Auftraggeber verbindlich gelten solle, würde zudem auf ein Führen von Verhandlungen mit dem Antragsteller hinauslaufen. Gemäß § 101 Abs 4 BVergG 2006 darf jedoch im offenen Verfahren mit dem Bieter über Angebotsänderungen nicht verhandelt werden. Das Angebot des Antragstellers wäre gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuscheiden gewesen. Zum Schluss, dass das Angebot des Antragstellers auszuscheiden gewesen wäre, kam auch schließlich der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vom 4.11.2008. Die vom Auftraggeber an den Antragsteller ergangene Aufforderung zur Aufklärung, ob er alle Ausschreibungsbestimmungen voll inhaltlich anerkenne oder ob sein Angebot nur mit Anerkennung seiner eigenen kommerziellen Bestimmungen durch den Auftraggeber verbindlich gelten solle, würde zudem auf ein Führen von Verhandlungen mit dem Antragsteller hinauslaufen. Gemäß Paragraph 101, Absatz 4, BVergG 2006 darf jedoch im offenen Verfahren mit dem Bieter über Angebotsänderungen nicht verhandelt werden. Das Angebot des Antragstellers wäre gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuscheiden gewesen. Zum Schluss, dass das Angebot des Antragstellers auszuscheiden gewesen wäre, kam auch schließlich der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vom 4.11.2008.

1. 4. Ziffer 4

Antragslegitimation des Antragstellers

Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes

und den hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv § 320 Abs. 1 BVergG zu verneinen (vgl. VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 1.2.2008, N/0121-BVA/07/2007-41; 23.11.2006, N/0085-BVA/04/2006- 38). Das Thema "Abweichen von den kommerziellen Ausschreibungsbestimmungen und Verhandlungen" war auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 4.11.2008. Dem Antragsteller wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackemüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0339; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zu verneinen vergleiche VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 1.2.2008, N/0121-BVA/07/2007-41; 23.11.2006, N/0085-BVA/04/2006- 38). Das Thema "Abweichen von den kommerziellen Ausschreibungsbestimmungen und Verhandlungen" war auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 4.11.2008. Dem Antragsteller wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackemüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0339; 16.2.2005, 2004/04/0030].

V. zu Spruchpunkt II.römisch fünf. zu Spruchpunkt römisch zwei.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezieht, abzuweisen. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezieht, abzuweisen.

Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs 2 BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 8.10.2008, N/0122- BVA/04/2008-EV18 teilweise stattgegeben, der Nachprüfungsantrag wurde jedoch unter Spruchpunkt I zurückgewiesen. Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 8.10.2008, N/0122- BVA/04/2008-EV18 teilweise stattgegeben, der Nachprüfungsantrag wurde jedoch unter Spruchpunkt römisch eins zurückgewiesen.

Zuletzt aktualisiert am

30.12.2008

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