

TE Verg Bescheid 2008/9/24 N/0112-BVA/04/2008-26

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.09.2008

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §2 Z42

BVergG 2006 §2 Z38

BVergG 2006 §19

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

ABGB §914

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 § 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 § 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 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 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 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. ABGB § 914 heute
 2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBL. Nr. 69/1916

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr und Gen. Lt. Ing. Mag. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "5400 Hallein, Davisstraße 5, HTBLA-Hallein, Neubau des Theorietraktes und Erweiterung sowie funktionelle Adaptierung des bestehenden Werkstättentraktes, Naturstein/Kunststein" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtstraße 1, 1031 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 04.08.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr und Gen. Lt. Ing. Mag. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "5400 Hallein, Davisstraße 5, HTBLA-Hallein, Neubau des Theorietraktes und Erweiterung sowie funktionelle Adaptierung des bestehenden Werkstättentraktes, Naturstein/Kunststein" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtstraße 1, 1031 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 04.08.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 21.07.2008, "den gegenständlichen

Auftrag der Bieterin B***, um die Vergabesumme von Euro 501.125,39 (zuzüglich gesetzliche Umsatzsteuer) und nicht der Antragstellerin A***, um die Vergabesumme von Euro 431.099,00 (für das Material "Dorfergrün") bzw. Euro 395.996,00 (für das Material "Rauchkristall") - jeweils zuzüglich gesetzliche Umsatzsteuer - zuzuschlagen", wird insoweit stattgegeben, als die Zuschlagsentscheidung vom 21.7.2008 zu Gunsten der B*** mit einer Vergabesumme von Euro 501.125,39 (zuzügl. gesetzl. Ust) für nichtig erklärt wird. Das darüber hinausgehende Begehren wird zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Dem Antrag gerichtet auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG wird stattgegeben. Dem Antrag gerichtet auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG wird stattgegeben.

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H hat der A*** den Betrag von Euro 3.000,-- für die gemäß § 318 leg cit entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H hat der A*** den Betrag von Euro 3.000,-- für die gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "5400 Hallein, Davisstraße 5, HTBLA, Hallein, Neubau des Theorietraktes und Erweiterung sowie funktionelle Adaptierung des bestehenden Werkstätentraktes, Naturstein/Kunststein", wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften im Jahr 2007 veröffentlicht. Der als Bauauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand soll in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 21.12.2007, 9.00 Uhr, fixiert.

In den als "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" bezeichneten Ausschreibungsunterlagen vom 27.11.2007 wurden für den dem Oberschwellenbereich zuzuordnenden Bauauftrag als Zuschlagskriterien der mit 98% gewichtete Gesamtpreis und die mit 2% gewichtete Gewährleistungsfrist genannt. Alternativangebote wurden für unzulässig, Abänderungsangebote hingegen für zulässig erklärt.

In dem dem Angebot beizulegenden Leistungsverzeichnis wurde unter der Positionsnummer 00 00 13 020 (Beschreibung der Leistung) Nachfolgendes ausgeführt:

"Nachfolgend sind Natursteinbeläge bzw. alternativ Kunststeinbeläge anzubieten. Aus Kostengründen behält sich der Auftraggeber vor, die alternativ angebotenen Beläge zu vergeben. Diese sind dann auch für die Reihung bei der Vergabe maßgeblich und nicht unbedingt die in der Hauptposition genannten Materialien.

Auszuführen sind Beläge (Bodenflächen, Treppenbeläge, Podestbeläge) im Theorietrakt und in der Werkstätterweiterung."

Für den Theorietrakt (Positionsnummer 01) war im Leistungsverzeichnis für den Bodenbelag und die Sockelleisten innen (Positionsnummer 01 28 11) nach der Positionsnummer 01 28 11 01 (Fußbodenbelag innen mit Platten aus Naturstein, scharfkantig, im Dünnbettverfahren verlegt) Folgendes ausgeführt:

"01 28 11 01H I-Boden Scharen 15, 20, 25, 30/2 cm

Platten mit freien Längen mindestens 1,5 x die Breite,

in Scharen, 15, 20, 25, 30cm breit, Nenndicke 2cm,

Sichtflächenbearbeitung geschliffen (K120) nach Wahl

des Auftraggebers. Mörteldicke bis 8mm

Gesteinsmaterial: "Rauriser Kristallmarmor", Farbe dunkelblau

Lohn :-----

Sonstiges :-----

2.150,00 m2 Einheitspreis :-----

EUR -----

01 28 11 01J Wie vor, jedoch Material: "Dorfergrün" W1 AA Z

Lohn :-----

Sonstiges :-----

2.150,00 m2 Einheitspreis :-----

EUR *****

01 28 11 01K Wie vor, jedoch Material n. Wahl des Bieter

W2 AA Z

Lohn :-----

Sonstiges :-----

2.150,00 m2 Einheitspreis :-----

EUR *****

01 28 11 01L Wie vor, jedoch Material Kunststein W3 AA Z

Material: Fabrikat "Euval 99.50 BILAK"

poliert (www.euval.com)

oder gleichwertig in Farbe, Körnung und Musterung

Angebotenes

Fabrikat:.....

.....

(Bieterangabe)

Lohn :-----

Sonstiges :-----

2.150,00 m2 Einheitspreis :----- EUR *****"

Nach der Positionsnummer 01 28 11 11 (Sockelleisten innen aus Naturstein, an geraden Wänden, im Dünnbettverfahren verlegt, einschließlich der stumpf gestoßenen rechtwinkligen Ecken, obere Kante im rechten Winkel) wurde Nachfolgendes ausgeführt:

"01 28 11 11H I-Sockel.Dünn., 1/6cm, K120, "Rauriser"

BB Z

Platten 1 cm dick, Höhe ca. 6 cm. Sichtflächen

geschliffen (K120),

Gesteinsmaterial: "Rauriser Kristallmarmor",

Farbe dunkelblau Sockelplatte in die vorbereitete

Unterschneidung des Putzes einfügen, einschl.

Glätten evtl. Unebenheiten des Untergrundes.

Lohn :-----

Sonstiges :-----

1.400,00 m Einheitspreis :-----

EUR -----

01 28 11 11J Wie vor, jedoch Material: "Dorfergrün"

W1 BB Z

Lohn :-----

Sonstiges :-----

1.400,00 m Einheitspreis :-----

EUR *****

01 28 11 11K Wie vor, jedoch Material n. Wahl des Bieter

W2 BB Z

Lohn :-----

Sonstiges :-----

1.400,00 m Einheitspreis :-----

EUR *****

01 28 11 11L Wie vor, jedoch Material Kunststein W3 BB

Z

Material: Fabrikat "Euval 99.50 BILAK"

oder gleichwertig

Lohn :-----

Sonstiges :-----

1.400,00 m Einheitspreis :-----

EUR *****

01 28 11 Bodenbelag und Sockelleisten, innen (I-)

-----"

Unter der Positionsnummer 01 28 21 01 (Gerade Innenstufentrittplatten aus Naturstein, voll aufliegend. Abgerechnet wird die Summe der Einzellängen.) war Nachfolgendes ausgeführt:

"01 28 21 01H I-Trittplatte, "Rauriser" CC Z

Gesteinsmaterial: "Rauriser Kristallmarmor", Farbe
dunkelblau

Plattendicke: 3 cm

Plattenbreite: 31 cm

Einzellänge: 230 cm

Sichtflächenbearbeitung: geschliffen K 120, Kanten

leicht gefasst

Verlegeart: geklebt ca. 3 mm, vollflächig

Lohn :-----

Sonstiges :-----

220,00 ST Einheitspreis :-----

EUR -----

01 28 11 01J1 Wie vor, jedoch Material: "Dorfergrün" W1 CC

Z

Lohn :-----

Sonstiges :-----

220,00 ST Einheitspreis :-----

EUR *****

01 28 11 01K Wie vor, jedoch Material n. Wahl des Bieter

W2 CC Z

Lohn :-----

Sonstiges :-----

220,00 ST Einheitspreis :-----

EUR *****

01 28 11 11L Wie vor, jedoch Material Kunststein W3 CC Z

Material: Fabrikat "Euval 99.50 BILAK"

oder gleichwertig

Lohn :-----

Sonstiges :-----

220,00 ST Einheitspreis :-----

EUR *****

Unter der Positionsnummer 01 28 21 24 (Innenstufen Sockelleisten aus Naturstein, an geraden Wänden, im Dünnbettverfahren auf vorbereitetem Untergrund verlegt, den Stufen folgend. Obere Plattenkante im rechten Winkel gesägt. Abgerechnet wird die Summe der Stufenbreite und Stufenhöhen) war Nachfolgendes ausgeführt:

"01 28 21 24H I-Stufensockel.Dünn., 1/6cm, K120 EE Z

Platten 1cm dick, Höhe ca. 6 cm. Sichtflächen

geschliffen (K120)

Gesteinsmaterial: "Rauriser Kristallmarmor",

Farbe dunkelblau

Sockelplatte in die vorbereitete Unterschneidung des

Putzes einfügen, einschl. Glätten evtl. Unebenheiten
des Untergrundes. Die Sockelplatte folgt dem
Stufenverlauf, Gehrungsschnitte sind in die Leistung
einzukalkulieren. Abgerechnet wird pro Stufe (EP für
Stell- und Trittsockel)

Treppensteigung ca. 17/30 cm

Lohn :-----

Sonstiges :-----

220,00 ST Einheitspreis :-----

EUR -----

01 28 21 24J Wie vor, jedoch Material: "Dorfergrün" W1 EE

Z

Lohn :-----

Sonstiges :-----

220,00 ST Einheitspreis :-----

EUR *****

01 28 21 24K Wie vor, jedoch Material n. Wahl des Bieter

W2 EE Z

Lohn :-----

Sonstiges :-----

220,00 ST Einheitspreis :-----

EUR *****

01 28 21 24L Wie vor, jedoch Material Kunststein W3 EE

Z

Material: Fabrikat "Euval 99.50 BILAK"

oder gleichwertig

Lohn :-----

Sonstiges :-----

220,00 ST Einheitspreis :-----

EUR *****

01 28 21 Stufen und Stufensockel, innen (I-) -----

-----"

Für die Positionsnummer 02 (Werkstätentrakt-Erweiterung) ist das Leistungsverzeichnis für den Fußbodenbelag innen (02281101), die Sockelleisten innen (02281111), die gerade Innenstufentrittplatten (02282101), die Innenstufensockelleisten (02282124) sowie die Fenster- und Türumrandungen innen (022841) genauso gestaltet wie

für die Positionsnummer 01 (Theorietrakt) im Leistungsverzeichnis. Für den Fußbodenbelag (02281101) wurde für den Bereich Bodenscharten (02281101H) mit dem Gesteinsmaterial "Rauriser Kristallmarmor Farbe Dunkelblau" die Kennzeichnung "GG" verwendet. Bei den anschließenden Positionsnummern wurde neben der Kennzeichnung "GG" und der Auszeichnung des Positionspreises in Form von Sternchen beim Material "Dorfergrün" (02281101J) W1, beim Material "nach Wahl des Bieters" (02281101K) W2 und beim Material "Kunststein" (02281101L) W3 angeführt.

Bei den Sockelleisten innen (02281111) schien im Leistungsverzeichnis für das Material "Rauriser Kristallmarmor, Farbe Dunkelblau" die Kennzeichnung "HH" auf. Diese war neben der Sternchen-Kennzeichnung bei den Positionspreisen beim Material "Dorfergrün" (02281111J) neben W1 sowie beim Material "nach Wahl des Bieters" (02281111K) W2 und beim Material "Kunststein" (02281111L) W3 angeführt.

W1 war auch beim Material "Dorfergrün", W2 beim Material "nach Wahl des Bieters" und W3 beim Material Kunststein für die geraden Innenstufentrittplatten (02282101) bei den Innenstufensockelleisten (02282124) und bei den Fensterbänken innen (02284101) angeführt.

Neben weiteren sechs Bietern legten die A*** (in der Folge Antragsteller) sowie die B*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) jeweils ein Angebot. Der Antragsteller bot sowohl das Material "Rauriser Kristallmarmor der Farbe Dunkelblau" (Euro 537.919,--, berichtigt Euro 544.735,-- exkl. Ust) als auch das Material "Dorfergrün" (Euro 517.318,80 inkl. Ust), für das Material "nach Wahl des Bieters" Rauchkristall dunkel (Euro 475.196,40 inkl. Ust), sowie das Material "Kunststein". In dem dem Angebot beiliegenden Begleitschreiben vom 19.12.2007 wies der Antragsteller darauf hin, neben dem ausgeschriebenen Material "Rauriser Kristallmarmor" als mögliche Alternative auch das im Leistungsverzeichnis angeführte Material "Dorfergrün" sowie als Bietervariante das Material "Rauchkristall dunkel" angeboten zu haben.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger legte ein Angebot zum Gesteinsmaterial "Rauriser Kristallmarmor" (Euro 501.125,39 exkl. Ust) sowie zu den Materialien "nach Wahl des Bieters" und zum Kunststein.

Nach der Angebotsöffnung am 21.12.2007 und erfolgter Angebotsprüfung wurde am 16.5.2008 die Zuschlagsentscheidung zur Gunsten der C*** mit dem Gesteinsmaterial "Rauriser Kristallmarmor" bekannt gegeben, die nach Anfechtung durch den Antragsteller mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20, für nichtig erklärt wurde.

Im Zuge der neuerlichen Angebotsprüfung wurde das Angebot der C*** wegen Rechenfehler ausgeschieden. Beim Material "Rauriser Kristallmarmor, Farbe Dunkelblau" wurde der präsumtive Zuschlagsempfänger mit einer Nettoangebotssumme von Euro 501.125,39 und 100 Punkten an erster Stelle gereiht, gefolgt von der D*** mit einer Nettoangebotssumme von Euro 533.731,-- und 93,47 Punkten sowie dem Angebot des Antragstellers an dritter Stelle liegend mit einer Nettoangebotssumme von Euro 544.735,10 und 91,91 Punkten.

Beim Gesteinsmaterial "Dorfergrün" wurde der Antragsteller mit einer Nettoangebotssumme von Euro 431.099,-- und 99,42 Punkten an erster Stelle gereiht, gefolgt von der E*** mit einer Nettoangebotssumme von Euro 485.172,89 und 89,08 Punkten. Beim Gesteinsmaterial "nach Wahl des Bieters" wurde der präsumtive Zuschlagsempfänger mit einer Angebotssumme von Euro 299.809,73 und 100 Punkten an erster Stelle gereiht, gefolgt von der F*** mit einem Nettoangebotspreis von Euro 327.590,-- und 91,33 Punkten. Beim Kunststeinmaterial "Euval 99.50 Bilak" wurde das Angebot der G*** als bestes mit einer Nettoangebotssumme von Euro 252.821 und 99,46 Punkten, gefolgt vom präsumtiven Zuschlagsempfänger mit einer Angebotssumme von Euro 306.014,93 (exkl. Ust) und 82,96 Punkten bewertet.

Im mit 21.7.2008 datierten, vom Generalplaner unterzeichneten Vergabevorschlag wurde ausgeführt, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers einer näheren Prüfung unterzogen worden sei und die Einheitspreise auskömmlich seien. Es sei der Stein in enger Abstimmung mit der Schulleitung ausgewählt worden. Ein weiteres Kriterium für die Wahl sei, dass der Stein aus der Gegend komme.

Im mit 21.7.2008 datierten Vergabevermerk des Auftraggebers wurde als Begründung für die Wahl des Auftragnehmers Nachfolgendes angeführt:

"Im Zuge der Angebotsprüfung im Sinne des Bundesvergabegesetzes wurde aufgrund der Zuschlagskriterien die Fa. B*** für die Alternative 1 als Bestbieter ermittelt."

Am 21.7.2008 wurde den Bietern per Telefax die zu Gunsten der B*** mit einer Vergabesumme von Euro 501.125,39

(zuzüglich Ust) lautende Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben.

Mit Schriftsatz vom 4.8.2008 stellte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 8.8.2008, N/0112-BVA/04/2008-EV6, stattgegeben wurde. Außerdem wurde der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt. Mit Schriftsatz vom 4.8.2008 stellte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 8.8.2008, N/0112-BVA/04/2008-EV6, stattgegeben wurde. Außerdem wurde der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt.

Begründend wurde im Nachprüfungsantrag sowie in weiteren Schriftsätzen vom 18.8.2008 und 25.8.2008 im Wesentlichen vorgebracht, dass anders als in der Bekanntgabe, in der ausschließlich als Zuschlagskriterium das wirtschaftlich günstigste Angebot genannt worden sei, in den der Einladung zur Angebotsabgabe beiliegenden Ausschreibungsunterlagen angeführt gewesen sei, dass dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot der Zuschlag erteilt werden solle. Es seien lediglich die Unterkriterien "Gesamtpreis" mit 98% und "angebotene Gewährleistungsfrist" mit 2% festgelegt gewesen. Nach den Ausschreibungsunterlagen seien zwei verschiedene Gesteinsmaterialien, nämlich "Rauriser Kristallmarmor" und "Dorfergrün" ohne irgendwelche qualitativen oder sonstigen Präferenzkriterien für das eine oder andere Material vorgegeben worden. Neben den offenkundig gleichrangig alternativ anzubietenden Materialien seien ein weiteres Alternativmaterial zum Naturstein sowie das Kunststeinmaterial "Euval 99.50 Bilak" oder gleichwertig in Farbe, Körnung und Musterung nach freier Wahl vom Bieter anzubieten gewesen.

Anders als dem präsumtiven Zuschlagsempfänger mit einem 35 % Rabatt auf den Listenpreis sei dem Antragsteller von der C***, die als Herstellerin und einziger Lieferant des Natursteinmaterials "Rauriser Kristallmarmor" auch als Bieter im gegenständigen Vergabeverfahren aufgetreten sei, nur ein 20 % Nachlass auf den Listenpreis zum genannten Gesteinsmaterial gewährt worden. Die C*** habe mit unterschiedlichen Preisen angeboten, offenbar die Wettbewerbssituation zu Lasten anderer Unternehmen verfälscht und auf diese Weise die Monopolstellung hinsichtlich des Materials "Rauriser Kristallmarmor" missbraucht. Ein unlauterer Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Mitbieter sei so für die C*** und dem präsumtiven Zuschlagsempfänger entstanden. Bei so günstigen Materialpreisen, wie sie der C*** und dem präsumtiven Zuschlagsempfänger zur Verfügung gestanden seien, hätte auch der Antragsteller beim anzubietenden Material "Rauriser Kristallmarmor" mit diesen Mitbieter mithalten bzw. diese unterbieten können. Die Preisgestaltung der C*** sei offenbar spekulativ und nicht marktgerecht gewesen. Sie habe sich einen unlauteren Wettbewerbsvorteil verschafft, sodass beide Unternehmen auszuschneiden gewesen wären.

Darüber hinaus sei der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers unplausibel, was aber erst nach einer vertieften Angebotsprüfung im Detail hätte beurteilt werden können. Es seien sowohl das Angebot der C*** als auch jenes des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß § 129 Absatz 1 Ziffer 8 BVergG auszuschneiden gewesen. § 129 Absatz 1 Ziffer 8 BVergG erstrecke sich sowohl auf den die Monopolstellung ausnutzenden Bieter als auch auf den von ihm bevorzugten Mitbieter (präsumtiven Zuschlagsempfänger). Nur durch das Vorgehen der beiden Bieter (B*** und präsumtiver Zuschlagsempfänger) sei es möglich gewesen, dass der Preis des Antragstellers für das Material "Rauriser Kristallmarmor" von den genannten Bietern unterschritten werden können. Der Gesamtangebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers für das teuerste Material "Rauriser Kristallmarmor" liege trotz erheblich höherer Preisnachlässe nur knapp unter dem Gesamtangebotspreis des Antragstellers. Auch wenn die C*** zwischenzeitig ausgeschieden worden sei, könne sich ihr den Wettbewerb verfälschendes Verhalten zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers auswirken, was nur durch eine vertiefte Angebotsprüfung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zu Tage gebracht werden könne. Anders als die C*** habe der Antragsteller als einziger Lieferant und Produzent des ausgeschriebenen Materials "Dorfergrün" entgegen den Behauptungen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers seine Monopolstellung nicht ausgenutzt. Der Antragsteller habe das Material "Dorfergrün" allen Mitbewerbern zum selben Preis angeboten und dadurch keine Wettbewerbsverfälschung herbeigeführt. Als Materialproduzent habe auch der Antragsteller ebenso wie die C*** naturgemäß ein eigenständiges Interesse, das eigene Material preisgünstig anzubieten. Auf diese Weise könne, wenn schon der Produzent nicht als Bestbieter mit dem günstigsten Gesamtpreis aus dem Vergabeverfahren hervorgehe,

ersatzweise wenigstens das preisgünstige Material geliefert werden. Eine solche Auswirkung könne jedoch nicht als Missbrauch einer allfälligen Monopolstellung eines Materiallieferanten zu Lasten des Auftraggebers dargestellt werden. Das Argument des präsuntiven Zuschlagsempfängers, als Nichtproduzent einen Wettbewerbsnachteil im Bieterverfahren aufgrund der Notwendigkeit der Beschaffung von Fremdmaterial zu haben, habe im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren keine Relevanz, da gemäß der Ausschreibung Produzenten naturgemäß als Bieter nicht ausgeschlossen seien. Darüber hinaus sei der Angebotspreis des präsuntiven Zuschlagsempfängers unplausibel, was aber erst nach einer vertieften Angebotsprüfung im Detail hätte beurteilt werden können. Es seien sowohl das Angebot der C*** als auch jenes des präsuntiven Zuschlagsempfängers gemäß Paragraph 129, Absatz 1 Ziffer 8 BVergG auszuschneiden gewesen. Paragraph 129, Absatz 1 Ziffer 8 BVergG erstreckte sich sowohl auf den die Monopolstellung ausnutzenden Bieter als auch auf den von ihm bevorzugten Mitbieter (präsuntiven Zuschlagsempfänger). Nur durch das Vorgehen der beiden Bieter (B*** und präsuntiver Zuschlagsempfänger) sei es möglich gewesen, dass der Preis des Antragstellers für das Material "Rauriser Kristallmarmor" von den genannten Bietern habe unterschritten werden können. Der Gesamtangebotspreis des präsuntiven Zuschlagsempfängers für das teuerste Material "Rauriser Kristallmarmor" liege trotz erheblich höherer Preisnachlässe nur knapp unter dem Gesamtangebotspreis des Antragstellers. Auch wenn die C*** zwischenzeitig ausgeschieden worden sei, könne sich ihr den Wettbewerb verfälschendes Verhalten zu Gunsten des präsuntiven Zuschlagsempfängers auswirken, was nur durch eine vertiefte Angebotsprüfung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zu Tage gebracht werden könne. Anders als die C*** habe der Antragsteller als einziger Lieferant und Produzent des ausgeschriebenen Materials "Dorfergrün" entgegen den Behauptungen des Auftraggebers und des präsuntiven Zuschlagsempfängers seine Monopolstellung nicht ausgenutzt. Der Antragsteller habe das Material "Dorfergrün" allen Mitbewerbern zum selben Preis angeboten und dadurch keine Wettbewerbsverfälschung herbeigeführt. Als Materialproduzent habe auch der Antragsteller ebenso wie die C*** naturgemäß ein eigenständiges Interesse, das eigene Material preisgünstig anzubieten. Auf diese Weise könne, wenn schon der Produzent nicht als Bestbieter mit dem günstigsten Gesamtpreis aus dem Vergabeverfahren hervorgehe, ersatzweise wenigstens das preisgünstige Material geliefert werden. Eine solche Auswirkung könne jedoch nicht als Missbrauch einer allfälligen Monopolstellung eines Materiallieferanten zu Lasten des Auftraggebers dargestellt werden. Das Argument des präsuntiven Zuschlagsempfängers, als Nichtproduzent einen Wettbewerbsnachteil im Bieterverfahren aufgrund der Notwendigkeit der Beschaffung von Fremdmaterial zu haben, habe im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren keine Relevanz, da gemäß der Ausschreibung Produzenten naturgemäß als Bieter nicht ausgeschlossen seien.

Dass dem präsuntiven Zuschlagsempfänger erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung das Material "Dorfergrün" angeboten und erst zuletzt eine maßgebliche Preisreduktion zugestanden worden sei, die zu einer Benachteiligung geführt habe, sei eine Unterstellung und im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren auch nicht relevant. Allen Bietern sei das Gesteinsmaterial "Dorfergrün" zu gleichen Konditionen angeboten worden. Vielmehr habe der Antragsteller nicht nur ein Interesse, selbst als Bestbieter hervorzugehen. Er habe auch für den Fall, dass der Antragsteller persönlich nicht den Auftrag erhalten würde, ein Interesse daran, dass zumindest sein Gesteinsmaterial zum Einsatz gebracht werde. Mit dieser sachlich unrichtigen Argumentation zeige der präsuntive Zuschlagsempfänger mangelndes Verständnis für wirtschaftliche Zusammenhänge. Die Argumentation des präsuntiven Zuschlagsempfängers laufe vielmehr darauf hinaus, dem Antragsteller ohne Beweise ein unlauteres Vorgehen zu unterstellen.

Das vom präsuntiven Zuschlagsempfänger angebotene Alternativmaterial des chinesischen Granits könne nicht mit den ausgeschriebenen Materialien "Rauriser Kristallmarmor" und "Dorfergrün" verglichen werden und sei auch keinesfalls ein auch nur annähernd technisch gleichwertiges Material. Die Gleichwertigkeit wäre auch durch ein Prüfzeugnis nachzuweisen. Diese sei am namentlich ausgeschriebenen Material zu messen. Maßgeblich seien dabei nicht nur die physikalische Eigenschaft sondern auch das optische Erscheinungsbild des Materials, das beim chinesischen Granit jedenfalls nicht den namentlich ausgeschriebenen Materialien entspreche. Die Argumentation des präsuntiven Zuschlagsempfängers, jedenfalls mit dem chinesischen Granit das Bestangebot gelegt zu haben, sei daher völlig verfehlt.

Die beiden Gesteinsmaterialien "Rauriser Kristallmarmor" und "Dorfergrün" seien völlig gleichwertig nebeneinander ausgeschrieben worden, sodass letztlich nur die Kriterien "Preis" und "Gewährleistungsfristen" entscheidend sein können. Die Angebote des Antragstellers beim Material "Dorfergrün" und "Rauchkristall" lägen preislich erheblich

unter den Angeboten der Mitbieter. Der Antragsteller sei daher als Bestbieter zu werten, da letztlich nur die Kriterien "Preis" und "Gewährleistungsfristen" entscheidend sein könnten. Die Entscheidung des Auftraggebers, sich auf das Material "Rauriser Kristallmarmor" zu kaprizieren, sei durch die Ausschreibung nicht gedeckt. Das als "Bestangebot" bezeichnete Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers liege im Gesamtangebotspreis erheblich über jenem des Antragstellers beim Material "Dorfergrün", das völlig gleichrangig ausgeschrieben worden sei. Die nunmehrige Rechtfertigung des Auftraggebers, dass aufgrund der positiven budgetären Entwicklung die Entscheidung für das Material "Rauriser Kristallmarmor" budgetär abgedeckt werden könne, diene nur als Rechtfertigung für das Auftragnehmervorgehen, die in der Ausschreibung nicht erklärte Priorität für das Material "Rauriser Kristallmarmor" nötigenfalls auch unter außer Acht lassen des in der Ausschreibung überwiegend mit 98% gewichteten Gesamtpreises letztlich doch durchzusetzen. Der Auftraggeber sei nicht in der Lage, seine Entscheidung mit der Ausschreibung selbst zu begründen. In der Ausschreibung seien auch keine sachlichen (technischen) Kriterien festgelegt, die eine objektive Auswahl unter den verschiedenen Materialien ermöglichen und eine Entscheidung zu Gunsten des teuersten Materials rechtfertigen würde.

Bei der Argumentation des Auftraggebers, wonach zwischen "Wahlpositionen" und "Alternativangeboten" zu unterscheiden sei und hinsichtlich des anzubietenden Materials zwischen Wahlpositionen frei gewählt werden könne, würden die Bestimmungen der §§ 97 Abs 3 Z 4 und 98 Abs 1, 7 und 8 BVergG 2006 außer Acht gelassen. Gemäß § 97 Abs 3 Z 4 BVergG seien auch Wahlpositionen dem Wettbewerb zu unterziehen und bei der Feststellung des Gesamtpreises für bestimmte ausgeschriebene Ausführungsvarianten zu berücksichtigen. Da es der Auftraggeber unterlassen habe, technische Spezifikationen festzulegen, könne außer dem Gesamtpreis und der Gewährleistungsfrist kein Kriterium herangezogen werden, wonach dem teureren Material gegenüber dem preisgünstigeren der Vorzug zu geben wäre. Es seien zwei namentlich bezeichnete Natursteinmaterialien nämlich "Rauriser Kristallmarmor" und "Dorfergrün" gleichrangig nebeneinander ausgeschrieben. Damit müsste dem insgesamt günstigeren Gesamtpreis der Vorzug gegeben werden. Die 2 % Gewichtung beim Kriterium "Gewährleistungsfristen" könne nur bei annähernd gleich hohen Preisangeboten maßgeblich werden. Das Vergaberecht ziele darauf ab, möglichst objektiv kalkulierbare Angebotsgrundlagen zu sichern, damit die Auftragsvergabe entsprechend sachlich und objektiv erfolgen könne. Der Standpunkt des Auftraggebers, sich im Rahmen des Budgets freie Hand bei der Vergabe herausnehmen zu wollen, komme geradezu einer Verdrehung der Ziele des Vergaberechts gleich. Der Antragsteller erachte sich durch die ausschreibungswidrige Wahl des Bestbieters in seinem Recht, als Best- und Billigstbieter selbst den Auftrag zu erhalten, verletzt. Durch die rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers sei der Antragsteller in mehrfacher Hinsicht in seinem Vermögen geschädigt. Aufwendungen für Kalkulation, Aufbereitung und Legung des Angebotes sowie Zeitaufwand seien als frustriert zu werten. Dazu kämen auch die Kosten der rechtsfreundlichen Beratung und Vertretung. Der Gesamtaufwand an Zeit und Kosten sei zumindest mit Euro 20.000 zu veranschlagen. Neben dem Umsatz- und Gewinnentgang habe die rechtswidrige Vergabe auch eine Beeinträchtigung der laufenden Entwicklung des Geschäftsvolumens, des Wachstums des Unternehmens durch mangelnde Auslastung der Personal- und Sachressourcen des Betriebes zur Folge, die mit einer Summe von zumindest Euro 100.000 zu veranschlagen seien. Der uneinbringliche Schaden sei mit einer Summe von über Euro 100.000 zu beziffern. Der Antragsteller habe auch ein massives, tatsächlich, sachliches, wirtschaftliches und rechtliches Interesse an der Vergabe des gegenständlichen Auftrages. Bei der Argumentation des Auftraggebers, wonach zwischen "Wahlpositionen" und "Alternativangeboten" zu unterscheiden sei und hinsichtlich des anzubietenden Materials zwischen Wahlpositionen frei gewählt werden könne, würden die Bestimmungen der Paragraphen 97, Absatz 3, Ziffer 4 und 98 Absatz eins, 7 und 8 BVergG 2006 außer Acht gelassen. Gemäß Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer 4, BVergG seien auch Wahlpositionen dem Wettbewerb zu unterziehen und bei der Feststellung des Gesamtpreises für bestimmte ausgeschriebene Ausführungsvarianten zu berücksichtigen. Da es der Auftraggeber unterlassen habe, technische Spezifikationen festzulegen, könne außer dem Gesamtpreis und der Gewährleistungsfrist kein Kriterium herangezogen werden, wonach dem teureren Material gegenüber dem preisgünstigeren der Vorzug zu geben wäre. Es seien zwei namentlich bezeichnete Natursteinmaterialien nämlich "Rauriser Kristallmarmor" und "Dorfergrün" gleichrangig nebeneinander ausgeschrieben. Damit müsste dem insgesamt günstigeren Gesamtpreis der Vorzug gegeben werden. Die 2 % Gewichtung beim Kriterium "Gewährleistungsfristen" könne nur bei annähernd gleich hohen Preisangeboten maßgeblich werden. Das Vergaberecht ziele darauf ab, möglichst objektiv kalkulierbare Angebotsgrundlagen zu sichern, damit die Auftragsvergabe entsprechend sachlich und objektiv erfolgen könne. Der Standpunkt des Auftraggebers, sich im

Rahmen des Budgets freie Hand bei der Vergabe herausnehmen zu wollen, komme geradezu einer Verdrehung der Ziele des Vergaberechts gleich. Der Antragsteller erachte sich durch die ausschreibungswidrige Wahl des Bestbieters in seinem Recht, als Best- und Billigstbieter selbst den Auftrag zu erhalten, verletzt. Durch die rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers sei der Antragsteller in mehrfacher Hinsicht in seinem Vermögen geschädigt. Aufwendungen für Kalkulation, Aufbereitung und Legung des Angebotes sowie Zeitaufwand seien als frustriert zu werten. Dazu kämen auch die Kosten der rechtsfreundlichen Beratung und Vertretung. Der Gesamtaufwand an Zeit und Kosten sei zumindest mit Euro 20.000 zu veranschlagen. Neben dem Umsatz- und Gewinnentgang habe die rechtswidrige Vergabe auch eine Beeinträchtigung der laufenden Entwicklung des Geschäftsvolumens, des Wachstums des Unternehmens durch mangelnde Auslastung der Personal- und Sachressourcen des Betriebes zur Folge, die mit einer Summe von zumindest Euro 100.000 zu veranschlagen seien. Der uneinbringliche Schaden sei mit einer Summe von über Euro 100.000 zu beziffern. Der Antragsteller habe auch ein massives, tatsächlich, sachliches, wirtschaftliches und rechtliches Interesse an der Vergabe des gegenständlichen Auftrages.

Mit Schriftsatz vom 7.8.2008 bezifferte der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert für das Gesamtvorhaben mit Euro 11.225.500,00 (ohne Ust) und jenen für das gegenständlich ausgeschriebene Los mit Euro 387.800,00 (ohne Ust). Darin sowie in weiteren Schriftsätzen vom 14.8.2008 und 2.9.2008 brachte der Auftraggeber vor, dass der Antragsteller von alternativ anzubietenden Materialien spreche, und davon ausgehe, dass es sich um Alternativangebote handle. Der bestandfest gewordenen Ausschreibung würden jedoch Wahlpositionen zu Grunde liegen, wobei der Auftraggeber sich bei der Prüfung und Bewertung der Angebote für den "Rauriser Kristallmarmor" entschieden habe. Es handle sich dabei um eine kommissionelle Entscheidung unter Einbindung der verantwortlichen Mitarbeiter der Mieterin, Bundesministeriums für Unterricht, Kunst und Kultur, vertreten durch den Landsschulrat für Salzburg.

Wahlpositionen stünden in einem Entweder-oder-Verhältnis. Damit verbunden sei eine Erweiterung des Wettbewerbs in Form einer größeren Vielfalt an Möglichkeiten. Der Auftraggeber müsse sich im Zuge der Prüfung und Bewertung der Angebote für eines der als Wahlpositionen ausgeschriebenen Materialien entscheiden. Hintergrund der Wahlposition zum Zeitpunkt der Ausschreibung sei gewesen, dass die Kostenentwicklung des Bauvorhabens nicht zu 100% prüfbar gewesen sei. Aufgrund der positiven budgetären Entwicklung des Bauvorhabens habe innerhalb des budgetären Rahmens die Entscheidung für das Material "Rauriser Kristallmarmor" abgedeckt werden können.

Die Gewährung von unterschiedlichen Nachlässen sei als geschäftspolitische Entscheidung und übliche Praktik des Geschäftsverkehrs zu werten, die weder in den Verantwortungsbereich des Auftraggebers fielen, noch in sonst einer Form beeinflussbar seien. Das Vorbringen des Antragstellers, dass der Mitbieter C*** dem präsumtiven Zuschlagsempfänger einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den übrigen Bietern verschafft hätte, würde darauf hinaus laufen, dass sich die am Vergabeverfahren teilnehmende C*** gegenüber den im selben Verfahren anbietenden Konkurrenten selbst bevorzugt hätte. Hingewiesen werde in diesem Zusammenhang darauf, dass dem Antragsteller selbst für das ausgeschriebene Gesteinsmaterial "Dorfergrün" eine Monopolstellung zukomme und dieser im Gegensatz zur C*** Mitbewerbern das Gesteinsmaterial nicht zur Verfügung gestellt habe. Im Hinblick auf diese Monopolstellung des Antragstellers für das Material "Dorfergrün" wäre daher auch der Antragsteller auszuschneiden gewesen. Weiters könnte daraus geschlossen werden, dass dem Antragsteller das rechtliche Interesse am Nachprüfungsantrag fehle, da aufgrund der Notwendigkeit des Ausscheidens seines Angebotes der Antragsteller niemals Bestbieter des Vergabeverfahrens werden könne.

Hinsichtlich des Vorbringens des Antragstellers zu den §§ 97 Abs 3 Z 4, 98 Abs 1, Abs 7 und 8 BVergG 2006 werde auf die eingetretene Präklusion hingewiesen. Außerdem werde das System der Wahlpositionen verkannt beziehungsweise mit Bieterlücken verwechselt, die nur bei der Kunststeinposition zu finden sei. Würde man dem Verständnis des Antragstellers folgen, wonach dem günstigsten Gesteinsmaterial der Vorzug zu geben sei, würde sich das System der Wahlpositionen völlig ad absurdum führen. Vielmehr wäre der Auftraggeber gezwungen, dem Kunststeinmaterial zuzuschlagen. Bei diesem wäre der sechstgereichte Antragsteller ohnehin nicht für den Zuschlag in Betracht zu ziehen. Hinsichtlich des Vorbringens des Antragstellers zu den Paragraphen 97, Abs 3 Ziffer 4, 98, Absatz eins,, Absatz 7 und 8 BVergG 2006 werde auf die eingetretene Präklusion hingewiesen. Außerdem werde das System der Wahlpositionen verkannt beziehungsweise mit Bieterlücken verwechselt, die nur bei der Kunststeinposition zu finden sei. Würde man dem Verständnis des Antragstellers folgen, wonach dem günstigsten Gesteinsmaterial der Vorzug zu

geben sei, würde sich das System der Wahlpositionen völlig ad absurdum führen. Vielmehr wäre der Auftraggeber gezwungen, dem Kunststeinmaterial zuzuschlagen. Bei diesem wäre der sechstgereichte Antragsteller ohnehin nicht für den Zuschlag in Betracht zu ziehen.

Mit Schriftsatz vom 18.8.2008 erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen. Darin sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 3.9.2008 wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger das Material "Rauriser Kristallmarmor" und bei der ausgeschriebenen freien Alternative den chinesischen Granit mit einer Nettoangebotssumme von Euro 299.809,00 (zuzüglich Ust) angeboten habe. Damit habe der präsumtive Zuschlagsempfänger im Vergleich zum Antragsteller nicht nur beim ausgewählten Material "Rauriser Kristallmarmor" (7% im Vergleich zum Antragsteller) sondern auch bei der freien Alternative günstiger geboten.

Dem Antragsteller komme beim Gesteinsmaterial "Dorfergrün" ebenso wie der C*** beim Material

"Rauriser Kristallmarmor" eine Monopolstellung zu. Während eine Preisanfrage des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei der C*** bereits am 11.12.2007 beantwortet worden sei, sei die E-Mail Anfrage des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 3.12.2007 an den Antragsteller zum Material "Dorfergrün" erst mit E-Mail vom 17.12.2007 beantwortet worden, wobei eine erhebliche Preiskorrektur erst am 19.12.2007 eingelangt sei. Auf Grund geschäftlicher Termine zwischen 19. und 21.12.2007 habe der präsumtive Zuschlagsempfänger bereits am 17.12.2007 sein Angebot zur Post gegeben. Abgesehen von der zeitlich kurzfristig vor Ablauf der Angebotsfrist erfolgten Antwort des Antragstellers zur Preisanfrage des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre es dem Antragsteller anders als beim Material "Rauriser Kristallmarmor" beim Material "Dorfergrün" auch bei strengster Kalkulation der Verlegeleistung nicht gelungen, dem Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch nur nahe zu kommen. Im Hinblick auf diese aufgezeigte Vorgangsweise des Antragstellers bei der Preisanfrage des präsumtiven Zuschlagsempfängers erscheine das Vorbringen des Antragstellers zur Monopolstellung der C*** etwas "abwegig". Aufgrund langjähriger Geschäftsbeziehungen zum Antragsteller wie auch zur C*** sei mit Rabattsätzen zu rechnen. Dies könne nicht als unzulässige Abrede gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG gewertet werden. Die Abhängigkeit eines Bieters von der gewährten Höhe der Rabattsätze von Monopolisten zeige bei einer Beteiligung von Monopolisten bei einer Ausschreibung, dass die Festlegungen des Auftraggebers auf ein bestimmtes Produkt nicht geeignet seien, einen fairen Wettbewerb zu fördern."Rauriser Kristallmarmor" eine Monopolstellung zu. Während eine Preisanfrage des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei der C*** bereits am 11.12.2007 beantwortet worden sei, sei die E-Mail Anfrage des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 3.12.2007 an den Antragsteller zum Material "Dorfergrün" erst mit E-Mail vom 17.12.2007 beantwortet worden, wobei eine erhebliche Preiskorrektur erst am 19.12.2007 eingelangt sei. Auf Grund geschäftlicher Termine zwischen 19. und 21.12.2007 habe der präsumtive Zuschlagsempfänger bereits am 17.12.2007 sein Angebot zur Post gegeben. Abgesehen von der zeitlich kurzfristig vor Ablauf der Angebotsfrist erfolgten Antwort des Antragstellers zur Preisanfrage des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre es dem Antragsteller anders als beim Material "Rauriser Kristallmarmor" beim Material "Dorfergrün" auch bei strengster Kalkulation der Verlegeleistung nicht gelungen, dem Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch nur nahe zu kommen. Im Hinblick auf diese aufgezeigte Vorgangsweise des Antragstellers bei der Preisanfrage des präsumtiven Zuschlagsempfängers erscheine das Vorbringen des Antragstellers zur Monopolstellung der C*** etwas "abwegig". Aufgrund langjähriger Geschäftsbeziehungen zum Antragsteller wie auch zur C*** sei mit Rabattsätzen zu rechnen. Dies könne nicht als unzulässige Abrede gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG gewertet werden. Die Abhängigkeit eines Bieters von der gewährten Höhe der Rabattsätze von Monopolisten zeige bei einer Beteiligung von Monopolisten bei einer Ausschreibung, dass die Festlegungen des Auftraggebers auf ein bestimmtes Produkt nicht geeignet seien, einen fairen Wettbewerb zu fördern.

Die technische Gleichwertigkeit des angebotenen chinesischen Materials sei durch ein entsprechendes Prüfzeugnis im Angebot nachgewiesen worden. Zum Vorbringen des abweichenden optischen Erscheinungsbildes des chinesischen Materiales werde darauf verwiesen, dass sich auch die Farbe der beiden Materialien "Rauriser Kristallmarmor" und "Dorfergrün" erheblich unterscheide, sodass gerade dieses optische Erscheinungsbild wohl keine Rolle spielen könne. Zudem seien nach Argumentation des Antragstellers die Farbe und Qualität sowie sonstige technische Materialeigenschaften nicht als relevante Zuschlagskriterien ausgewiesen gewesen.

In der mündlichen Verhandlung am 17.9.2008 führte der Auftraggeber aus, im Hinblick auf das Budget im jahrelang in Verwendung stehenden, standardisierten Leistungsverzeichnis beim Gesteinsmaterial neben der Grundposition "Rauriser Kristallmarmor der Farbe Dunkelblau" drei, mit W1 bis W3 gekennzeichnete Wahlpositionen ausgeschrieben

zu haben. Die bei den Wahlpositionen verwendete Sternchenkennzeichnung sei typisch für Wahlpositionen. Die Kostenschätzungen seien vor der Ausschreibung erfolgt, wobei +/- 25% Abweichungen möglich seien. Durch die kostengünstige Entwicklung im Rohbaubereich vor 1 1/2 Jahren auf Grund der damals günstigen Marktlage und der sich dadurch sehr günstig ergebenden budgetären Situation, hätten im Zuge der restlichen Vergaben entsprechende Schritte gesetzt werden können. Im gegenständlichen Verfahren sei die Zuschlagsentscheidung erst relativ spät nach Anbotsöffnung gefallen. Auf Grund der erteilten Aufträge und der sich daraus ergebenden budgetären Situation habe die Materialwahl getroffen werden können.

Der Auftraggeber führte weiter aus, dass für die Gesteinswahl das Budget und die Architektur entscheidend gewesen seien. Der Auftraggeber habe sich deshalb für den Rauriser Naturstein und nicht für ein anderes Gesteinsmaterial entschieden. Keine Rolle habe die Herkunft des Gesteinsmaterials aus Salzburg gespielt. Der mit 21.7.2008 von H*** gefertigte Vergabevorschlag, mit dem Hinweis, dass der Stein in enger Abstimmung mit der Schulleitung ausgewählt werde und ein weiteres Kriterium sei, dass der Stein aus der Gegend komme, sei in dem Sinne zu verstehen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger auch einen Naturstein aus China geboten habe.

Nach Ansicht der Antragstellers seien die Zuschlagskriterien (Preis 98% und Gewährleistungsfrist 2%) heranzuziehen. Anhand dieser Kriterien wäre die Auswahl zu treffen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslage:römisch eins. Rechtslage:

Das Bundesvergabeengesetz 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 Bundesvergabeengesetz 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 BVerG 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 Bundesvergabeengesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVerG) anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, BVerG 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 BVerG 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 Bundesvergabeengesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVerG) anzuwenden.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Qualifizierung des zu vergebenden Auftrages römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Qualifizierung des zu vergebenden Auftrages:

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 2 BVerG 2006 (vgl BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 19.6.2008, N/0060-BVA/08/2008- 21; 12.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 13.4.2007, N/0019- BVA/11/2007-24 u.a.). Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG 2006 vergleiche BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 19.6.2008, N/0060-BVA/08/2008- 21; 12.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 13.4.2007, N/0019- BVA/11/2007-24 u.a.).

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 4 BVerG 2006 zu qualifizieren, der aufgrund des den

einschlägigen Schwellenwert überschreitenden kumulierenden Wertes der Gewerke des Gesamtvorhabens dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG 2006 zu qualifizieren, der aufgrund des den einschlägigen Schwellenwert überschreitenden kumulierenden Wertes der Gewerke des Gesamtvorhabens dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist.

Im gegenständlichen Verfahren ist weder der Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen worden.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger hat gemäß § 324 Abs 3 BVergG zum Nachprüfungsantrag begründete Einwendungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 leg cit zukommt. Der präsuntive Zuschlagsempfänger hat gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zum Nachprüfungsantrag begründete Einwendungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, leg cit zukommt.

III. Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages: römisch drei. Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Soweit der Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Auftraggeberentscheidung, nicht der A***, um eine Vergabesumme von Euro 431.099,00 (für das Material "Dorfergrün") bzw Euro 395.996,00 (für das Material "Rauchkristall") - jeweils zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer - zuzuschlagen, gerichtet ist, handelt es sich um ein Begehren, das auf eine Unterlassung des Auftraggebers ausgerichtet ist. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 2.3.2002, B 961/01, B 856/01 - Unterlassung des Widerrufs) sowie des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 30.6.2004, 2004/04/0028 - Unterlassen der Ausscheidensentscheidung) können nach dem Konzept des Bundesvergabegesetzes nur nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärungen "Entscheidungen" des Auftraggebers sein.

Ein Unterlassen des Auftraggebers kommt als anfechtbare Entscheidung nur insofern in Betracht, als dieses Unterlassen einen solchen Erklärungswert besäße, dass es als selbstständiger Teilakt des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung treten und ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen würde. Bei dem vom Antragsteller im gegenständlichen Verfahren vorgebrachten Unterlassen eines Auftraggebers handelt es sich jedenfalls um keine nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärung, sodass keine gesondert anfechtbare Entscheidung und damit auch kein zulässiger anfechtbarer Gegenstand im Sinne von § 322 Abs 1 Z 7 BVergG vorliegt (vgl dazu BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 1.2.2008, N/0127- BVA/08/2007-25 u.a.). Ein Unterlassen des Auftraggebers kommt als anfechtbare Entscheidung nur insofern in Betracht, als dieses Unterlassen einen solchen Erklärungswert besäße, dass es als selbstständiger Teilakt des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung treten und ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen würde. Bei dem vom Antragsteller im gegenständlichen Verfahren vorgebrachten Unterlassen eines Auftraggebers handelt es sich jedenfalls um keine nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärung, sodass keine gesondert anfechtbare Entscheidung und damit auch kein zulässiger anfechtbarer Gegenstand im Sinne von Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorliegt vergleiche dazu BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 1.2.2008, N/0127- BVA/08/2007-25 u.a.).

Soweit sich das Begehren des Antragstellers auf Nichtigerklärung der Entscheidung, den gegenständlichen Auftrag der Bieterin B***, um die Vergabesumme von Euro 501.125,39 (zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer) den Zuschlag erteilen zu wollen, richtet, handelt es sich jedoch um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit a BVergG 2006. Da darüber hinaus die übrigen formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG vorliegen, ist der Nachprüfungsantrag insoweit zulässig. Soweit sich das Begehren des Antragstellers auf Nichtigerklärung der Entscheidung, den gegenständlichen Auftrag der Bieterin B***, um die Vergabesumme von Euro 501.125,39 (zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer) den Zuschlag erteilen zu wollen, richtet, handelt es sich jedoch um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sublit a BVergG 2006. Da darüber hinaus die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG vorliegen, ist der Nachprüfungsantrag insoweit zulässig.

IV. Die Wahl des Gesteinmaterials "Rauriser Kristallmarmor Farbe dunkelblau" römisch vier. Die Wahl des Gesteinmaterials "Rauriser Kristallmarmor Farbe dunkelblau"

1. 1. Ziffer eins

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).

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.).

Im Leistungsverzeichnis ist sowohl im Bereich des Theorietraktes (Positionsnummer 01) als auch im Bereich der Werkstatteintrakt-Erweiterung (Positionsnummer 02) das Gesteinsmaterial "Rauriser Kristallmarmor Farbe Dunkelblau" gekennzeichnet mit zwei Großbuchstaben genannt. Diesem Gesteinsmaterial folgen das Gesteinsmaterial "Dorfergrün", jenes als "nach Wahl des Bieters" und jenes als "Kunststein" bezeichnete Material. Neben der selben wie beim Gesteinsmaterial "Rauriser Kristallmarmor der Farbe Dunkelblau" mit zwei Großbuchstaben geführten Kennzeichnung scheinen beim Gesteinsmaterial "Dorfergrün" durchgehend auch die Kennzeichnung "W1", bei jenem "nach Wahl des Bieters" "W2" und beim "Kunststein" "W3" auf. Bei den zuletzt genannten drei Materialien wird auch in der Spalte "Positionspreis" die Sternchenfolge (*****) geführt.

Auf Grund des oben genannten Interpretationsmaßstabes ergibt sich aus der mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen Ausschreibung (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 28.3.2007, 2005/04/0200; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056- BVA/04/2008-20; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.), dass im Leistungsverzeichnis für das Gesteinsmaterial neben der als Grundposition ausgeschriebenen Normalausführung "Rauriser Kristallmarmor der Farbe Dunkelblau" drei, die mit W1, W2 bzw. W3 gekennzeichnete Wahlpositionen vorgesehen sind. Die Kennzeichnung der Positionspreise mit einer Sternchenfolge (*****) ist auch üblich für Wahlpositionen (vgl. Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 76 Rz 51 FN 121).

Auf Grund des oben genannten Interpretationsmaßstabes ergibt sich aus der mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen Ausschreibung (vergleiche VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 28.3.2007, 2005/04/0200; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056- BVA/04/2008-20; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.), dass im Leistungsverzeichnis für das Gesteinsmaterial neben der als Grundposition ausgeschriebenen Normalausführung "Rauriser Kristallmarmor der Farbe Dunkelblau" drei, die mit W1, W2 bzw. W3 gekennzeichnete Wahlpositionen vorgesehen sind. Die Kennzeichnung der Positionspreise mit einer Sternchenfolge (*****) ist auch üblich für Wahlpositionen (vergleiche Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 76, Rz 51 FN 121).

Wahlpositionen werden gemäß § 2 Z 42 BVergG 2006 als Beschreibung einer Leistung, die vom Auftraggeber als Teil einer Variante zur Normalausführung vorgesehen ist, definiert und haben häufig unterschiedliche Materialien bei Bauleistungen zum Gegenstand (vgl. Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 76 Rz 51). Im gegenständlichen Vergabeverfahren haben die Wahlpositionen unterschiedliche Gesteinsmaterialien zum Gegenstand. Wahlpositionen werden gemäß Paragraph 2, Ziffer 42, BVergG 2006 als Beschreibung einer Leistung, die vom Auftraggeber als Teil

einer Variante zur Normalausführung vorgesehen ist, definiert und haben häufig unterschiedliche Materialien bei Bauleistungen zum Gegenstand vergleiche Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 76, Rz 51). Im gegenständlichen Vergabeverfahren haben die Wahlpositionen unterschiedliche Gesteinsmaterialien zum Gegenstand. Auch der Auftraggeber führte in der mündlichen Verhandlung vom 17.9.2008 aus, beim Gesteinsmaterial neben der Grundposition "Rauriser Kristallmarmor der Farbe Dunkelblau" drei, die mit "W1 bis W3" gekennzeichneten Wahlpositionen ausgeschrieben zu haben.

1. 2.Ziffer 2

Variantenangebot:

Aufgrund der im Leistungsverzeichnis enthaltenen Wahlpositionen zu den Gesteinsmaterialien hat der Bieter die Möglichkeit, Variantenangebote zu legen. Gemäß § 2 Z 38 BVergG 2006 handelt es sich hierbei um ein Angebot aufgrund einer Ausschreibungsvariante des Auftraggebers. Variantenangebote bieten dem Auftraggeber eine Gestaltungsmöglichkeit, innerhalb eines Vergabeverfahrens unterschiedliche Leistungen mit differenzierten Bedingungen und Anforderungen auszuschreiben. Der Auftraggeber kann sich mit einem Variantenangebot, das auf Grund der unterschiedlichen Gesteinsmaterialien in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben ist, mehrere Lösungsvorschläge anbieten lassen und aufgrund der unterschiedlichen ausgeschriebenen Gesteinsmaterialvarianten zwischen mehreren Lösungsvorschlägen wählen, um damit die für das Projekt beste Lösung zu erhalten [vgl Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005), 317]. Aufgrund der im Leistungsverzeichnis enthaltenen Wahlpositionen zu den Gesteinsmaterialien hat der Bieter die Möglichkeit, Variantenangebote zu legen. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 38, BVergG 2006 handelt es sich hierbei um ein Angebot aufgrund einer Ausschreibungsvariante des Auftraggebers. Variantenangebote bieten dem Auftraggeber eine Gestaltungsmöglichkeit, innerhalb eines Vergabeverfahrens unterschiedliche Leistungen mit differenzierten Bedingungen und Anforderungen auszuschreiben. Der Auftraggeber kann sich mit einem Variantenangebot, das auf Grund der unterschiedlichen Gesteinsmaterialien in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben ist, mehrere Lösungsvorschläge anbieten lassen und aufgrund der unterschiedlichen ausgeschriebenen Gesteinsmaterialvarianten zwischen mehreren Lösungsvorschlägen wählen, um damit die für das Projekt beste Lösung zu erhalten [vgl Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005), 317].

Auf Basis der in der Ausschreibung vorgegebenen Zuschlagskriterien ermittelte der Auftraggeber das jeweils beste Angebot für die Grundposition als Normalausführung (Rauriser Kristallmarmor der Farbe Dunkelblau - B***) sowie die drei Wahlpositionen ("Dorfergrün" - A***, "Material nach Wahl des Bieters" - B*** und "Kunststein" - G***). Hinsichtlich der Auswahl des Gesteinsmaterials zwischen Normalausführung und Variantenangebot legte der Auftraggeber in der bestandfest gewordenen Ausschreibung im Leistungsverzeichnis unter der Positionsnummer 00013020 fest, sich aus Kostengründen vorzubehalten, die alternativ angebotenen Beläge zu vergeben. Diese sind auch dann für die Reihung bei der Vergabe maßgeblich und nicht unbedingt die in der Hauptposition genannten Materialien.

Während im mit 21.7.2008 datierten Vergabevorschlag des Generalplaners ARGE I*** darauf hingewiesen wurde, dass der Stein in enger Abstimmung mit der Schulleitung ausgewählt worden sei und ein weiteres Kriterium für die Wahl sei, dass der Stein aus der Gegend komme, findet sich im Vergabevermerk des Auftraggebers vom 21.7.2008 außer dem Hinweis, dass bei der Angebotsprüfung auf Grund der Zuschlagskriterien der präsumtive Zuschlagsempfänger für die Alternative 1 als Bestbieter ermittelt worden sei, keine Begründung, warum sich der Auftraggeber bei der Wahl des Gesteinsmaterials zwischen Grundposition und den drei Wahlpositionen für die Grundposition "Rauriser Kristallmarmor der Farbe Dunkelblau" entschieden hat.

Die in der mündlichen Verhandlung am 17.9.2008 angeführte Begründung für die zu Gunsten der Grundposition erfolgte Wahl des Gesteinsmaterials, nämlich dass dafür neben dem Budget auch die Architektur entscheidend gewesen sei, findet in der Ausschreibung keine Deckung. Das Kriterium "Architektur" scheint jedenfalls in der Ausschreibung als Auswahlkriterium nicht auf. Bemerkt wird in diesem Zusammenhang auch, dass das im Vergabevorschlag des Generalplaners vom 21.7.2008 aufscheinende Wahlkriterium der Herkunft des Gesteinsmaterials ebenso wenig ausschlaggebend sein kann. Ein solches Kriterium scheint nämlich ebenfalls nicht für die Wahl des Gesteinsmaterials in der Ausschreibung auf.

Auch bei Variantenangeboten ist der Auftraggeber bei der Wahl zwischen Grundposition und Wahlposition an die in §

19 BVergG 2006 festgelegten allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts gebunden. Mit der aufgezeigten Vorgangsweise des Auftraggebers in Form eines Abweichens von den Ausschreibungsvorgaben bei der Gesteinsmaterialwahl verstößt er gegen den in § 19 leg cit zum Ausdruck kommenden Transparenz- und Gleichheitsgrundsatz. Andernfalls würde sich der Auftraggeber einen willkürlichen Entscheidungsspielraum einräumen. Bieter müssen daher sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese beurteilt werden, gleichbehandelt werden [vgl EuGH, 18.10.2001, Rs C-19/00, /SIAC Construction; 24.11.2005, Rs C-331/04, (ATI EAC Srl e Viaggi di Maio, EAC Srl, Viaggi di Maio Snc)]. Auch bei Variantenangeboten ist der Auftraggeber bei der Wahl zwischen Grundposition und Wahlposition an die in Paragraph 19, BVergG 2006 festgelegten allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts gebunden. Mit der aufgezeigten Vorgangsweise des Auftraggebers in Form eines Abweichens von den Ausschreibungsvorgaben bei der Gesteinsmaterialwahl verstößt er gegen den in Paragraph 19, leg cit zum Ausdruck kommenden Transparenz- und Gleichheitsgrundsatz. Andernfalls würde sich der Auftraggeber einen willkürlichen Entscheidungsspielraum einräumen. Bieter müssen daher sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese beurteilt werden, gleichbehandelt werden [vgl EuGH, 18.10.2001, Rs C-19/00, /SIAC Construction; 24.11.2005, Rs C-331/04, (ATI EAC Srl e Viaggi di Maio, EAC Srl, Viaggi di Maio Snc)].

V. Rechtsverletzung und Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens
römisch fünf. Rechtsverletzung und Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens

Durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist der Antragsteller, dessen Angebot unter den auszuwählenden Gesteinsmaterialien beim Gesteinsmaterial "Dorfergrün" an erster Stelle gereiht ist, in seinen Rechten verletzt. Da außerdem durch die oben aufgezeigte Vorgehensweise des Auftraggebers die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG von wesentlichem Einfluss ist (vgl dazu VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007- 41 und N/0051-BVA/04/2007-47 u.a.), ist die zugunsten der B*** lautende Zuschlagsentscheidung vom 21.7.2008 für nichtig zu erklären. Durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist der Antragsteller, dessen Angebot unter den auszuwählenden Gesteinsmaterialien beim Gesteinsmaterial "Dorfergrün" an erster Stelle gereiht ist, in seinen Rechten verletzt. Da außerdem durch die oben aufgezeigte Vorgehensweise des Auftraggebers die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG von wesentlichem Einfluss ist vergleiche dazu VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007- 41 und N/0051-BVA/04/2007-47 u.a.), ist die zugunsten der B*** lautende Zuschlagsentscheidung vom 21.7.2008 für nichtig zu erklären.

VI. Zu Spruchpunkt II: römisch sechs. Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - der Antragsteller teilweise obsiegt hat, ist dem diesbezüglichen Antrag gemäß § 319 leg cit, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 leg cit in der Höhe von Euro 2.000,-- bezieht, stattzugeben. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - der Antragsteller teilweise obsiegt hat, ist dem diesbezüglichen Antrag gemäß Paragraph 319, leg cit, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg cit in der Höhe von Euro 2.000,-- bezieht, stattzugeben.

Ebenso ist dem Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von Euro 1.000,-- bezieht, gemäß § 319 Abs 2 BVergG stattzugeben. Mit Bescheid vom 8.8.2008, N/0112-BVA/04/2008-EV6, wurde dem Antrag auf Erlassung einer

einstweiligen Verfügung stattgegeben. Ebenso ist dem Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von Euro 1.000,-- bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG stattzugeben. Mit Bescheid vom 8.8.2008, N/0112-BVA/04/2008-EV6, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Da vom Antragsteller für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung damit insgesamt Euro 3.000,-- zu entrichten waren, war spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am

23.10.2008

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