

TE Verg Bescheid 2008/7/6 N/0056-BVA/04/2008-20

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.07.2008

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs2

BVergG 2006 §322 Abs1 Z4

BVergG 2006 §322 Abs1 Z7

BVergG 2006 §322 Abs2 Z1

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

ABGB §915

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 § 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 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 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 § 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 § 915 heute
2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812

Text

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr und Gen. Lt. Ing. Mag. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftrag-geberseite 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 Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 29.5.2008, eingebracht am 30.5.2008, 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 Auftrag-geberseite 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 Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 29.5.2008, eingebracht am 30.5.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Den Anträgen, gerichtet auf Nichtigerklärung der Entscheidung

1. 1.Ziffer eins
"das Angebot der B*** nicht auszuschneiden, obwohl es infolge spekulativer Preisgestaltung gemäß § 129 Abs 1 Z

3 BVergG sowie wettbewerbswidrigen Vorgehens gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG auszuschneiden gewesen wäre", "das Angebot der B*** nicht auszuschneiden, obwohl es infolge spekulativer Preisgestaltung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG sowie wettbewerbswidrigen Vorgehens gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG auszuschneiden gewesen wäre",

2. 2.Ziffer 2

"der Bieterin B*** (der Firmenwortlaut lautet richtig: "B***"), Wörtherstraße 42, 5661 Rauris, den gegenständlichen Auftrag um die Vergabesumme von Euro 495.389,85 (zzgl. gesetzlicher Umsatzsteuer) und nicht der Antragstellerin A***, um das Bestangebot von Euro 431.099,00 (als gleichwertig ausgeschriebenes Alternativ-Material "Dorfergrün") bzw. Euro 395.996,00 (gleichwertiges Material "Rauchkristall") - jeweils zzgl. 20% Mwst. - den Zuschlag zu erteilen",

wird insoweit stattgegeben, als die Zuschlagsentscheidung vom 16.5.2008 zugunsten der B*** mit einer Vergabesumme von Euro 495.389,85 (zzgl. gesetzlicher Ust.) für nichtig erklärt wird. Das darüber hinausgehende Begehren wird zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Dem Antrag der A*** gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von Euro 5.000,-- wird insoweit stattgegeben, als die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H der A*** den Betrag von Euro 3.750,-- für die gemäß § 318 Abs 1 BVergG 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 hat. Dem Antrag der A*** gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von Euro 5.000,-- wird insoweit stattgegeben, als die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H der A*** den Betrag von Euro 3.750,-- für die gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG 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 hat.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "5400 Hallein, Davisstraße 5, HTBLA, 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.

Unter Pkt. 15 "Nachlässe und Aufschläge" der genannten Einladung wurde Nachfolgendes ausgeführt:

"15.1. Vom Bieter angebotene Nachlässe und/oder Aufschläge, die an keine Bedingungen gebunden sind, werden nur dann anerkannt, wenn sie am "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)" angebracht und bei der Öffnung der Angebote bereits vorhanden sind.

15.2. Vom Bieter angebotene Nachlässe und/oder Aufschläge, die an Bedingungen (z.B. terminliche oder technische Voraussetzungen, etc.) gebunden sind, werden nur dann anerkannt, wenn sie auf einem Begleitschreiben zum Angebot genannt sind.

Mit Zahlungsfrist angebotene Skonti gelten, wenn der Bieter im Angebot nichts Gegenteiliges erklärt, für jede fristgerechte Zahlung einer Abschlags-, Teilschluss- und/oder Schlussrechnung. Falls ein vereinbarter Skonto wegen nicht termingerechter Bezahlung einer oder mehrerer Abschlags-, Teilschluss- und/oder Schlussrechnungen durch den Auftraggeber nicht geltend gemacht werden kann, verliert der Auftraggeber den Skonto nur für diese Rechnung(en), nicht jedoch für den gesamten Auftrag.

15.3. Ohne Bedingung (z.B. Zahlungsfrist) angegebene Skonti gelten als Preisnachlässe."

Unter Pkt. 3 des vom Bieter zu unterzeichnenden Angebotsschreibens wurde festgehalten, die Angebotsbestimmungen der Einladung zur Angebotsabgabe zu kennen und das Angebot nach ihnen zu erstellen sowie bereit zu sein, die angebotene Leistung zu diesen Bestimmungen zu erbringen. Dies gelte auch für die Einladung zur Angebotsabgabe und die dort erwähnten Beilagen und Ausschreibungsunterlagen.

In dem dem Angebot beizulegenden Leistungsverzeichnis wurde unter der Positionsnummer 000013020 (Beschreibung der Leistung) festgehalten, dass Natursteinbeläge bzw. alternativ Kunststeinbeläge anzubieten seien und sich der Auftraggeber aus Kostengründen vorbehalte, die alternativ angebotenen Beläge zu vergeben. Diese seien dann auch für die Reihung bei der Vergabe maßgeblich und nicht unbedingt die in der Hauptposition genannten Materialien.

Nach der Aufgliederung der einzelnen Positionsnummern im Leistungsverzeichnis war auf Seite 37 unter dem Titel "Zusammenstellung (EUR)" eine Zusammenfassung der Angebotskosten aufgegliedert in Baustellengemeinkosten, in den Kosten für den Theorietrakt und für die Werkstättentrakterweiterung, woraus sich die Leistungssumme ergab, vorgesehen. Es wurde dem Bieter auf Seite 37 die Möglichkeit zur Gewährung eines prozentmäßigen Aufschlages bzw. Nachlasses eingeräumt, die wie folgt dargestellt wurde:

"_____ % Aufschlag/Nachlass	_____
Aufschlag/Nachlass Pauschal	_____
Gesamtpreis in EUR	_____ "

Daran anschließend war auf Seite 38 nach der Angabe des Angebotspreises, der sich aus dem Gesamtpreis in Euro zuzüglich der 20%-igen Umsatzsteuer zusammensetzte, eine Unterfertigung des Leistungsverzeichnisses vorgesehen.

Im darauf folgenden "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)" auf Seite 39 war Nachfolgendes festgehalten:

"

Bauvorhaben: Neubau des Theorietraktes und Erweiterung sowie

funktionelle Adaptierung des bestehenden Werkstättentraktes,

Naturstein / Kunststein

Ort: 5400 Hallein, Davisstr. 5, HTBLA

- Betrag in

- EURO

Übertrag

Gesamtwischensumme

- Nachlass Aufschlag

- (%) (%)

Nachlässe und

Aufschläge

Gesamtpreis

20% Ust

Angebotspreis

.....

Nur jene an keine Bedingungen gebundenen Nachlässe und/oder

Aufschläge gelten als angeboten, die hier oben angeführt sind.

Nachlässe und/oder Aufschläge im Leistungsverzeichnis- Text oder an anderer Stelle werden nicht anerkannt.

Nachlässe und/oder Aufschläge, die an Bedingungen (z.B. terminliche oder technische Voraussetzungen, etc.) gebunden sind, können nur dann anerkannt werden, wenn sie auf einem Begleitschreiben zum Angebot genannt werden.

....."

Neben weiteren sechs Bietern legten die A*** (in der Folge Antragsteller) sowie die B*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) jeweils ein Angebot.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger bot als Gesteinsmaterial den Rauriser Kristallmarmor in der Farbe dunkelblau sowie ein Material nach Wahl des Bieters. Kein Angebot wurde für das Material "Dorfergrün" sowie den Kunststein mit dem Fabrikat "Euval 99.50 BILAK" oder gleichwertig in Farbe, Körnung oder Musterung gelegt. Bei der Positionsnummer 00011102D (Vorhaltekosten SiGe Still.- zeit) wurde vom präsumtiven Zuschlagsempfänger kein Einheitspreis angegeben. Bei der Positionsnummer "01280109A (Höhenausgl.Boden b 10mm)" wurde für eine Menge von 150m² mit einem Einheitspreis von Euro 20,50 ein Positionspreis von Euro 2.050,-- angegeben. Bei der Positionsnummer "01282101K (Material n. Wahl des Bieters)" wurde bei einem Lohn von Euro 67,-- und Euro 168,-- für "Sonstiges" ein Einheitspreis von Euro 236,-- angegeben.

In der Zusammenstellung der Kosten im Leistungsverzeichnis auf Seite 37 bzw 38 wurde vom präsumtiven Zuschlagsempfänger nach der Angabe der Leistungssumme in der Höhe von Euro 511.068,-- Folgendes angegeben:

" 5 % Aufschlag/Nachlass b.Anzahlung v 50% 25.553,--

- d.Auftragssumme

Aufschlag/Nachlass Pauschal -----

Gesamtpreis in EUR 485.515,--"

Bei der Wortfolge "b.Anzahlung v 50% d. Auftragssumme" im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers handelt es sich um einen handschriftlichen Vermerk. Er bezifferte bei einem Gesamtpreis von Euro 485.515,-- und einer 20%-igen Umsatzsteuer von Euro 97.103,-- den Angebotspreis mit Euro 582.618,--.

Im anschließenden "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)" auf Seite 39 wurde vom präsumtiven Zuschlagsempfänger eine "Gesamtwischensumme" von Euro 511.068,-- angegeben. In der Zeile "Nachlässe und Aufschläge" schien bei einem angegebenen Betrag von 25.553,-- in der Rubrik "Nachlass (%)" die Ziffer "5" auf, während die Rubrik "Aufschlag (%)" leer blieb. Als Gesamtpreis wurde die Summe von Euro 485.515,-- angegeben. Daraus ergab sich zuzüglich einer 20%-igen Umsatzsteuer von Euro 97.103,-- ein Angebotspreis von Euro 582.618,--. Dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers lag kein Begleitschreiben bei.

Der Antragsteller legte sowohl ein Angebot für das Gesteinsmaterial "Rauriser Kristallmarmor", Farbe dunkelblau, mit einem Nettoangebotspreis von Euro 537.919,-- als auch das Material "Dorfergrün" zu einem Angebotspreis von Euro 517.318,80,-- sowie den Kunststein "Rauchkristall dunkel" mit einem Angebotspreis von Euro 475.196,40.

Am 21.12.2007 erfolgte die Angebotsöffnung. Aus dem Angebotsöffnungsprotokoll geht hervor, dass dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers kein Begleitschreiben beilag.

Im Zuge der Angebotsprüfung wurden beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers Rechenfehler festgestellt. Diese betrafen die Positionsnummer "01280109A (Höhenausgl. Boden b 10mm)", welche im Positionspreis von Euro 2050,-- auf Euro 3.075,-- berichtigt wurde. Ebenso wurde bei der Positionsnummer "01282101K (Material nach Wahl des Bieters)" der Einheitspreis von Euro 236,-- auf Euro 235,-- berichtigt. Die Leistungssumme im Leistungsverzeichnis auf Seite 37 zur Zusammenstellung der Kosten wurde von Euro 511.068,-- auf Euro 521.463,-- berichtigt. Der im

Leistungsverzeichnis enthaltene, vom präsuntiven Zuschlagsempfänger gewährte 5%-ige Aufschlag/Nachlass bei Anzahlung von 50% der Auftragssumme wurde mit einem Fragezeichen versehen. Am Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers wurde außerdem vermerkt, dass Position "00011102D" fehle und das Angebot Rechenfehler beinhalte.

Aus dem Protokoll über die Angebotsprüfung des Generalplaners "ARGE E***" vom 16.5.2008 ergibt sich beim Natursteinmaterial "Rauriser Kristallmarmor", dass die B*** mit einer Angebotssumme von Euro 495.389,85 bei Berücksichtigung des 5%-igen Nachlasses und einer 1-jährigen Gewährleistungsverlängerungsfrist mit 99,64% Bestbieter sei. Zum 5%-igen Nachlass des präsuntiven Zuschlagsempfängers wird in einer Fußnote angemerkt, dass der Nachlass bei Auszahlung von 50% der Auftragssumme eingerechnet werde. An zweiter Stelle wurde das Angebot der C*** mit 98,88% gereiht. Beim Material "Dorfer Grün" ging der Antragsteller mit 99,42 % als Bestbieter hervor. Beim Natursteinmaterial "Nach Wahl des Bieters" wurde das Angebot der C*** mit 100 % bewertet. Beim präsuntiven Zuschlagsempfänger, der für dieses Material auch ein Angebot gelegt hat, war ebenfalls beim 5%-igen Nachlass in einer Fußnote angemerkt, dass der Nachlass bei Auszahlung von 50% der Auftragssumme eingerechnet werde. Beim Kunststeinmaterial "Euval

99.50 BILAK" wurde das Angebot der D*** mit 99,46 Prozentpunkten bewertet.

Zum Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers, das einer näheren Prüfung unterzogen worden sei, wurde weiters bemerkt, dass die Einheitspreise auskömmlich seien, das Unternehmen dem Auftraggeber und dem Nutzer (Schule) bekannt sei und der Stein in enger Abstimmung mit der Schulleitung ausgewählt worden sei. Außerdem würde der Stein aus der Gegend kommen. Es werde vorgeschlagen, den Auftrag der B*** zu vergeben.

Aus dem Vergabevermerk des Auftraggebers vom 16.5.2008 ergibt sich aus einer Darstellung in Tabellenform zur "Bieter Alternative 1", dass die B*** mit einem Netto-Gesamtpreis von Euro 495.389,85 mit einer Punktebewertung von 99,64 und einem 5%-igen Nachlass eingerechnet, an 1. Stelle gereiht wurde. Ausgeführt wurde in diesem Vergabevermerk, dass die Gesamtvergabe an die B*** mit einer Auftragssumme (netto Euro) 495.389,85 gehe, wobei durch Einsparungen bei Massen und Ausführungsdetails Einsparungen zu erwarten seien. Als Begründung wurde angeführt, dass im Zuge der Angebotsprüfung auf Grund der Zuschlagskriterien die B*** für die "Alternative 1" als Bestbieter ermittelt worden sei.

Am 16.5.2008 wurde den Bietern per Telefax die zugunsten der B*** lautende Zuschlagsentscheidung mit einer Vergabesumme von Euro 495.389,85 (zzgl. Ust.) bekannt gegeben.

Mit Schriftsatz vom 29.5.2008, eingebracht am 30.5.2008, stellte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit den im Spruch ersichtlichen Begehren sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 6.6.2008, N/0056- BVA/04/2008-EV7, teilweise stattgegeben wurde. Außerdem wurde der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von Euro 5.000,-- begehrt. Begründend wurde in diesem Nachprüfungsantrag sowie in weiteren Schriftsätzen vom 16.6.2008 und vom 20.6.2008 im Wesentlichen vorgebracht, dass eine am 22.1.2007 abgesendete, allgemeine Vorinformation über das Gesamtvorhaben erfolgt sei. Aus dieser sei jedoch nicht der gegenständliche Auftrag der Natur- bzw. Kunststeinarbeiten ersichtlich gewesen. Die Frist zwischen der Bekanntgabe der Ausschreibung und dem Ende der Angebotsfrist habe nur 22 Tage betragen. Entgegen der Angaben in der Bekanntmachung, in der als einziges Zuschlagskriterium das "wirtschaftlich günstigste" Angebot genannt worden sei, sollte nach der Einladung zur Angebotsabgabe dem "technisch und wirtschaftlich" günstigsten Angebot der Zuschlag erteilt werden, wobei keine technischen Kriterien festgelegt worden seien. Vielmehr seien lediglich die Unterkriterien "Gesamtpreis" (98%) und "angebotene Gewährleistungsfristen" (2%) genannt worden. Entsprechend den Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses seien als alternativ anzubieten die Gesteinsmaterialien "Rauriser Kristallmarmor" und "Dorfergrün" angeführt gewesen. Außerdem seien ein gleichwertiges Alternativmaterial an Naturstein sowie eines aus Kunststein, nämlich "Euval 99.50 BILAK" oder gleichwertig in Farbe, Körnung und Musterung, nach freier Wahl des Bieters vorgesehen gewesen. Beim Gesteinsmaterial "Rauriser Kristallmarmor" habe der vom Antragsteller angebotene Gesamtpreis netto Euro 537.919,-- (brutto Euro 645.502,80) betragen. Beim Gesteinsmaterial "Dorfergrün" habe sich der Gesamtpreis des Antragstellers auf netto Euro 431.099,-- (brutto Euro 517.318,80) belaufen. Beim vom Antragsteller alternativ angebotenen, mit dem ausgeschriebenen Gesteinsmaterial "Rauriser Kristallmarmor" und "Dorfergrün" gleichwertigen Material "Rauchkristall" habe der Nettogesamtpreis Euro

395.997,-- (brutto Euro 475.196,40) betragen. Mit Schriftsatz vom 29.5.2008, eingebracht am 30.5.2008, stellte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit den im Spruch ersichtlichen Begehren sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 6.6.2008, N/0056- BVA/04/2008-EV7, teilweise stattgegeben wurde. Außerdem wurde der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von Euro 5.000,-- begehrt. Begründend wurde in diesem Nachprüfungsantrag sowie in weiteren Schriftsätzen vom 16.6.2008 und vom 20.6.2008 im Wesentlichen vorgebracht, dass eine am 22.1.2007 abgesendete, allgemeine Vorinformation über das Gesamtvorhaben erfolgt sei. Aus dieser sei jedoch nicht der gegenständliche Auftrag der Natur- bzw. Kunststeinarbeiten ersichtlich gewesen. Die Frist zwischen der Bekanntgabe der Ausschreibung und dem Ende der Angebotsfrist habe nur 22 Tage betragen. Entgegen der Angaben in der Bekanntmachung, in der als einziges Zuschlagskriterium das "wirtschaftlich günstigste" Angebot genannt worden sei, sollte nach der Einladung zur Angebotsabgabe dem "technisch und wirtschaftlich" günstigsten Angebot der Zuschlag erteilt werden, wobei keine technischen Kriterien festgelegt worden seien. Vielmehr seien lediglich die Unterkriterien "Gesamtpreis" (98%) und "angebotene Gewährleistungsfristen" (2%) genannt worden. Entsprechend den Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses seien als alternativ anzubieten die Gesteinsmaterialien "Rauriser Kristallmarmor" und "Dorfergrün" angeführt gewesen. Außerdem seien ein gleichwertiges Alternativmaterial an Naturstein sowie eines aus Kunststein, nämlich "Euval 99.50 BILAK" oder gleichwertig in Farbe, Körnung und Musterung, nach freier Wahl des Bieters vorgesehen gewesen. Beim Gesteinsmaterial "Rauriser Kristallmarmor" habe der vom Antragsteller angebotene Gesamtpreis netto Euro 537.919,-- (brutto Euro 645.502,80) betragen. Beim Gesteinsmaterial "Dorfergrün" habe sich der Gesamtpreis des Antragstellers auf netto Euro 431.099,-- (brutto Euro 517.318,80) belaufen. Beim vom Antragsteller alternativ angebotenen, mit dem ausgeschriebenen Gesteinsmaterial "Rauriser Kristallmarmor" und "Dorfergrün" gleichwertigen Material "Rauchkristall" habe der Nettogesamtpreis Euro 395.997,-- (brutto Euro 475.196,40) betragen.

Der Antragsteller habe den "Rauriser Kristallmarmor" vom Hersteller und einzigen Lieferanten - dem präsumtiven Zuschlagsempfänger - bezogen und den angebotenen Materialpreis dem Angebot zugrunde gelegt. Im Unterschied zu einem anderen Mitbewerber, dem vom präsumtiven Zuschlagsempfänger Nachlässe im Ausmaß von 20-35% gewährt worden seien, habe der Antragsteller auf den Listenpreis nur 20% Nachlass erhalten. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe den "Rauriser Kristallmarmor" den verschiedenen Bietern zu wesentlich höheren Preisen angeboten als den Preis, den er letztlich seinem eigenen Angebot zugrunde gelegt habe. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe somit seine Monopolstellung als Alleinlieferant missbraucht und sich einen unlauteren Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Mitbietern verschafft. Seine Preisgestaltung sei insofern als spekulativ und nicht marktgerecht zu werten. Er habe dadurch den Bestpreis für das Material "Rauriser Kristallmarmor" erreichen können. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers, das eine - auf Grund einer vertieften Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufzeige, wäre daher auszuschneiden. Dem Antragsteller werde in die Angebote der anderen Bieter kein Einblick gewährt. Es werde aber in diesem Zusammenhang auf die kritische Nachprüfung des Bundesvergabeamtes vertraut. Zudem seien gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 auch Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten und gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößende Abreden getroffen haben, auszuschneiden. Darunter sei auch das Ausnutzen der Monopolstellung durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger zu verstehen. Im Unterschied zum präsumtiven Zuschlagsempfänger habe der Antragsteller als Alleinlieferant des Materials "Dorfergrün" allen Bietern den gleichen Preis für das ausgeschriebene Material geboten, sodass kein unlauterer Einfluss auf den Wettbewerb vorliege. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hätte auf Grund des Nachprüfungsverfahrens die angeblich so klare Plausibilität seiner Preisgestaltung im Einzelnen darlegen können. Der Antragsteller habe den "Rauriser Kristallmarmor" vom Hersteller und einzigen Lieferanten - dem präsumtiven Zuschlagsempfänger - bezogen und den angebotenen Materialpreis dem Angebot zugrunde gelegt. Im Unterschied zu einem anderen Mitbewerber, dem vom präsumtiven Zuschlagsempfänger Nachlässe im Ausmaß von 20-35% gewährt worden seien, habe der Antragsteller auf den Listenpreis nur 20% Nachlass erhalten. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe den "Rauriser Kristallmarmor" den verschiedenen Bietern zu wesentlich höheren Preisen angeboten als den Preis, den er letztlich seinem eigenen Angebot zugrunde gelegt habe. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe somit seine Monopolstellung als Alleinlieferant missbraucht und sich einen unlauteren Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Mitbietern verschafft. Seine Preisgestaltung sei insofern als spekulativ und nicht

marktgerecht zu werten. Er habe dadurch den Bestpreis für das Material "Rauriser Kristallmarmor" erreichen können. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers, das eine - auf Grund einer vertieften Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufzeige, wäre daher auszuschneiden. Dem Antragsteller werde in die Angebote der anderen Bieter kein Einblick gewährt. Es werde aber in diesem Zusammenhang auf die kritische Nachprüfung des Bundesvergabebeamten vertraut. Zudem seien gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 auch Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten und gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen haben, auszuschneiden. Darunter sei auch das Ausnutzen der Monopolstellung durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger zu verstehen. Im Unterschied zum präsumtiven Zuschlagsempfänger habe der Antragsteller als Alleinlieferant des Materials "Dorfergrün" allen Bietern den gleichen Preis für das ausgeschriebene Material geboten, sodass kein unlauterer Einfluss auf den Wettbewerb vorliege. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hätte auf Grund des Nachprüfungsverfahrens die angeblich so klare Plausibilität seiner Preisgestaltung im Einzelnen darlegen können.

Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei aber auch aus anderen Gründen nicht als Bestangebot zu werten. Bei dem zum "Rauriser Kristallmarmor" völlig gleichwertig ausgeschriebenen Material "Dorfergrün" liege der Antragsteller im Vergleich zum präsumtiven Zuschlagsempfänger mit einem Nettoangebotspreis von Euro 431.999,- unter dem des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Die Entscheidung des Auftraggebers zugunsten des Materiales "Rauriser Kristallmarmor" sei von der Ausschreibung nicht gedeckt. Die Ausschreibung habe dem Auftraggeber bei der Materialwahl nicht "freie Hand" gelassen. Die Materialien "Rauriser Kristallmarmor" und "Dorfergrün" seien in der Ausschreibung als untereinander völlig gleichwertig ausgeschrieben worden. Die Ausschreibungsbedingungen hätten dem Auftraggeber keine Wahl zwischen den alternativ ausgeschriebenen Materialien gelassen, da ausschließlich der Gesamtpreis und die Gewährleistung als Zuschlagskriterien festgelegt gewesen seien. Würde der Auftraggeber zwischen den alternativ anzubietenden Materialien ungeachtet der angebotenen Preise tatsächlich frei entscheiden können, würde dies zu einer willkürlichen Entscheidung führen. Wäre es Absicht des Auftraggebers gewesen, trotz der Ausschreibung verschiedener, nur augenscheinlich als gleichwertig angegebener Materialien von vornherein einem Material, nämlich dem "Rauriser Kristallmarmor" den Vorzug zu geben, wäre der präsumtive Zuschlagsempfänger angesichts der Preispolitik gegenüber den anderen Bietern wohl von vornherein als Bestbieter vorgesehen gewesen. In einem solchen zumindest abgestimmten, wenn auch nicht abgesprochenen Verhalten, ist jedenfalls ein die Nichtigkeit begründender Wettbewerbsverstoß im Sinne von § 129 Abs 1 Z 8 BVergG zu sehen. Es dürften nur sachlich begründete, also sachlich gerechtfertigte Auswahlkriterien vorgegeben werden auf Grund derer dem einen oder anderen Material der Vorzug gegeben werden könne. An solchen fehle es in der Ausschreibung. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei aber auch aus anderen Gründen nicht als Bestangebot zu werten. Bei dem zum "Rauriser Kristallmarmor" völlig gleichwertig ausgeschriebenen Material "Dorfergrün" liege der Antragsteller im Vergleich zum präsumtiven Zuschlagsempfänger mit einem Nettoangebotspreis von Euro 431.999,- unter dem des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Die Entscheidung des Auftraggebers zugunsten des Materiales "Rauriser Kristallmarmor" sei von der Ausschreibung nicht gedeckt. Die Ausschreibung habe dem Auftraggeber bei der Materialwahl nicht "freie Hand" gelassen. Die Materialien "Rauriser Kristallmarmor" und "Dorfergrün" seien in der Ausschreibung als untereinander völlig gleichwertig ausgeschrieben worden. Die Ausschreibungsbedingungen hätten dem Auftraggeber keine Wahl zwischen den alternativ ausgeschriebenen Materialien gelassen, da ausschließlich der Gesamtpreis und die Gewährleistung als Zuschlagskriterien festgelegt gewesen seien. Würde der Auftraggeber zwischen den alternativ anzubietenden Materialien ungeachtet der angebotenen Preise tatsächlich frei entscheiden können, würde dies zu einer willkürlichen Entscheidung führen. Wäre es Absicht des Auftraggebers gewesen, trotz der Ausschreibung verschiedener, nur augenscheinlich als gleichwertig angegebener Materialien von vornherein einem Material, nämlich dem "Rauriser Kristallmarmor" den Vorzug zu geben, wäre der präsumtive Zuschlagsempfänger angesichts der Preispolitik gegenüber den anderen Bietern wohl von vornherein als Bestbieter vorgesehen gewesen. In einem solchen zumindest abgestimmten, wenn auch nicht abgesprochenen Verhalten, ist jedenfalls ein die Nichtigkeit begründender Wettbewerbsverstoß im Sinne von Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG zu sehen. Es dürften nur sachlich begründete, also sachlich gerechtfertigte Auswahlkriterien vorgegeben werden auf Grund derer dem einen oder anderen Material der Vorzug gegeben werden könne. An solchen fehle es in der Ausschreibung.

Das Argument des Auftraggebers, sich nur aus Kostengründen vorzubehalten, die alternativ angebotenen Beläge zu vergeben, komme nicht in der Ausschreibung zum Ausdruck und könne auch nicht für die Vergabe relevant sein. Entscheidend seien vielmehr die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien. Es könne nicht

hingegenommen werden, dass der Auftraggeber einem anderen Material, das insgesamt teurer angeboten werde, den Vorzug gebe, obwohl ein objektiv gleichwertiges Material günstiger angeboten werde.

Der Zuschlag wäre dem Antragsteller mit den angebotenen Arbeiten mit dem Material "Dorfergrün" oder auch mit dem Material "Rauchkristall" zu erteilen. Das alternativ anzubietende, vom Bieter frei zu wählende Alternativmaterial/Naturstein sei - bei objektiver Gleichwertigkeit mit den Materialien "Rauriser Kristallmarmor" und "Dorfergrün" vorausgesetzt - jedenfalls ebenso allein nach dem angebotenen Preis und der Gewährleistungsfrist zu beurteilen. Die Farbe und Qualität sowie sonstige technische Materialeigenschaften seien in der Ausschreibung nicht als relevante Zuschlagskriterien ausgewiesen gewesen.

Der Antragsteller erachte sich durch das unterlassene Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers und die rechtswidrige Auswahl des Bestbieters in seinem Recht, im Rahmen der Vergabeentscheidung selbst den Auftrag zu erhalten, verletzt. Durch die rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers werde der Antragsteller vermögensrechtlich geschädigt. Dies gelte für die bisherigen frustrierten Aufwendungen hinsichtlich der Angebotserstellung und -legung sowie für die rechtsfreundliche Beratung und Vertretung. Der Gesamtaufwand an Zeit und Kosten werde mit Euro 10.000,-- veranschlagt. Mit der rechtswidrigen Vereitelung der Auftragserteilung sei auch ein hoher und nachhaltiger Umsatz- und Gewinnentgang verbunden, einhergehend mit unwiederbringlicher Beeinträchtigung der Geschäftsentwicklung und des Wachstums des Unternehmens sowie der mangelnden Auslastung der Personal- und Sachressourcen, welche mit Euro 100.000,-- zu veranschlagen seien. Der Antragsteller habe ein massives tatsächliches, sachliches, wirtschaftliches und rechtliches Interesse an der Nachprüfung der beabsichtigten Auftragsvergabe an den präsumtiven Zuschlagsempfänger sowie an der Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidungen.

Aufgrund der mit Telefax vom 16.5.2008 übermittelten Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** sei der Nachprüfungsantrag vom 29.5.2008 als fristgerecht gestellt und rechtzeitig beim Bundesvergabeamt eingelangt zu beurteilen.

Mit Schriftsatz vom 4.6.2008 bezifferte der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert für das Gesamtvorhaben mit Euro 11.225.500,-- (ohne Ust.) und jenen für das gegenständlich ausgeschriebene Los mit Euro 387.000,-- (ohne Ust.). Darin sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 23.6.2008 brachte der Auftraggeber vor, dass zunächst am 22.1.2007 eine Vorinformation gemäß den Bestimmungen des § 53 BVergG 2006 unter Verwendung des Standardformulars an die Europäische Kommission übermittelt worden sei. In der Folge sei das gegenständliche Vergabelos im Rahmen eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen des BVergG 2006 mit einer Angebotsfrist bis zum 21.12.2007, 9.00 Uhr, ausgeschrieben worden. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Als Bestbieter sei die B*** ermittelt worden, worüber die Bieter mit Telefaxmitteilung vom 16.5.2008 informiert worden seien. Mit Schriftsatz vom 4.6.2008 bezifferte der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert für das Gesamtvorhaben mit Euro 11.225.500,-- (ohne Ust.) und jenen für das gegenständlich ausgeschriebene Los mit Euro 387.000,-- (ohne Ust.). Darin sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 23.6.2008 brachte der Auftraggeber vor, dass zunächst am 22.1.2007 eine Vorinformation gemäß den Bestimmungen des Paragraph 53, BVergG 2006 unter Verwendung des Standardformulars an die Europäische Kommission übermittelt worden sei. In der Folge sei das gegenständliche Vergabelos im Rahmen eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen des BVergG 2006 mit einer Angebotsfrist bis zum 21.12.2007, 9.00 Uhr, ausgeschrieben worden. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Als Bestbieter sei die B*** ermittelt worden, worüber die Bieter mit Telefaxmitteilung vom 16.5.2008 informiert worden seien.

Die vom Antragsteller behauptete Unvollständigkeit der Vorinformation treffe nicht zu. Das Vorbringen des Antragstellers zur Verkürzung der Angebotsfrist und zu den Zuschlagskriterien sei präkludiert. Die in der Bekanntmachung verwendete Formulierung hinsichtlich des Bestbieterprinzips entspreche der im Standardformular für das Zuschlagsprinzip verwendeten Formulierung. Die Unterschiede bei der Bezeichnung des Bestbieterprinzips seien als leicht abweichende Begriffsbezeichnungen zu verstehen, wobei eine inhaltliche Änderung eines Zuschlagskriteriums nicht stattgefunden habe. Die Wahl des Zuschlagsprinzips dürfe nicht mit der Leistungsbeschreibung bzw den darauf bezogenen technischen Spezifikationen verwechselt werden. Das Zuschlagskriterium "Gewährleistung" sei neben dem Preis ein zulässiges Zuschlagskriterium für die Vergabe nach dem Bestbieterprinzip. Der Begriff "technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot" bedeutet, dass nicht nur der Preis alleine sondern auch andere Merkmale für die Zuschlagserteilung entscheidend seien. Die im freien Wettbewerb zu

seinen Mitbieterinnen vorgenommene Angebotspreisgestaltung des präsuntiven Zuschlagsempfängerinnen biete keinen Anlass für ein Nachprüfungsverfahren. Die Preisgestaltung des Angebotes des präsuntiven Zuschlagsempfängerinnen sei betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar, sodass keine spekulative Preisgestaltung und damit auch kein Ausscheidungsgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 vorliege. Der präsuntive Zuschlagsempfänger habe seine Monopolstellung gegenüber seinen Mitbewerberinnen nicht ausgenutzt. Der vom Antragsteller in diesem Zusammenhang vorgebrachte Ausscheidungsgrund für das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängerinnen sei auch nicht unter § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 zu subsumieren, der das Verbot einer gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßenden Abrede als Ausscheidungsgrund umfasse. Das diesbezügliche Vorbringen sei außerdem auf bloße Vermutungen gegründet. Die vom Antragsteller behauptete Unvollständigkeit der Vorinformation treffe nicht zu. Das Vorbringen des Antragstellers zur Verkürzung der Angebotsfrist und zu den Zuschlagskriterien sei präkludiert. Die in der Bekanntmachung verwendete Formulierung hinsichtlich des Bestbieterprinzips entspreche der im Standardformular für das Zuschlagsprinzip verwendeten Formulierung. Die Unterschiede bei der Bezeichnung des Bestbieterprinzips seien als leicht abweichende Begriffsbezeichnungen zu verstehen, wobei eine inhaltliche Änderung eines Zuschlagskriteriums nicht stattgefunden habe. Die Wahl des Zuschlagsprinzips dürfe nicht mit der Leistungsbeschreibung bzw den darauf bezogenen technischen Spezifikationen verwechselt werden. Das Zuschlagskriterium "Gewährleistung" sei neben dem Preis ein zulässiges Zuschlagskriterium für die Vergabe nach dem Bestbieterprinzip. Der Begriff "technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot" bedeutet, dass nicht nur der Preis alleine sondern auch andere Merkmale für die Zuschlagserteilung entscheidend seien. Die im freien Wettbewerb zu seinen Mitbieterinnen vorgenommene Angebotspreisgestaltung des präsuntiven Zuschlagsempfängerinnen biete keinen Anlass für ein Nachprüfungsverfahren. Die Preisgestaltung des Angebotes des präsuntiven Zuschlagsempfängerinnen sei betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar, sodass keine spekulative Preisgestaltung und damit auch kein Ausscheidungsgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 vorliege. Der präsuntive Zuschlagsempfänger habe seine Monopolstellung gegenüber seinen Mitbewerberinnen nicht ausgenutzt. Der vom Antragsteller in diesem Zusammenhang vorgebrachte Ausscheidungsgrund für das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängerinnen sei auch nicht unter Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 zu subsumieren, der das Verbot einer gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßenden Abrede als Ausscheidungsgrund umfasse. Das diesbezügliche Vorbringen sei außerdem auf bloße Vermutungen gegründet.

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sei dessen Angebot nicht als Bestangebot zu werten. Im Leistungsverzeichnis seien neben dem Gesteinsmaterial "Rauriser Kristallmarmor" der Farbe dunkelblau jeweils als Wahlpositionen das Material "Dorfergrün" sowie ein Natursteinmaterial nach Wahl des Bieters ausgeschrieben gewesen. Alternativ zu den Natursteinbelägen seien zusätzlich das Kunststeinmaterial "Euval 99.50 BILAG" oder Gleichwertiges ausgeschrieben gewesen. In diesem Zusammenhang habe sich der Auftraggeber vorbehalten, aus Kostengründen die alternativ angebotenen Beläge zu vergeben (vgl Positionsnummer 00 0013020). Die Wahl der Normal- oder entsprechenden Wahlposition sei damit dem Auftraggeber aufgrund der bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen vorbehalten gewesen. Ein Zwang zur Wahl des vom Antragsteller ebenfalls angebotenen Produktes "Dorfergrün" liege daher nicht vor. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sei dessen Angebot nicht als Bestangebot zu werten. Im Leistungsverzeichnis seien neben dem Gesteinsmaterial "Rauriser Kristallmarmor" der Farbe dunkelblau jeweils als Wahlpositionen das Material "Dorfergrün" sowie ein Natursteinmaterial nach Wahl des Bieters ausgeschrieben gewesen. Alternativ zu den Natursteinbelägen seien zusätzlich das Kunststeinmaterial "Euval 99.50 BILAG" oder Gleichwertiges ausgeschrieben gewesen. In diesem Zusammenhang habe sich der Auftraggeber vorbehalten, aus Kostengründen die alternativ angebotenen Beläge zu vergeben vergleiche Positionsnummer 00 0013020). Die Wahl der Normal- oder entsprechenden Wahlposition sei damit dem Auftraggeber aufgrund der bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen vorbehalten gewesen. Ein Zwang zur Wahl des vom Antragsteller ebenfalls angebotenen Produktes "Dorfergrün" liege daher nicht vor.

Sinn der Wahlposition sei es, dem Auftraggeber zulässiger Weise einen gewissen Spielraum durch dieses Instrument zu verschaffen. Da der Antragsteller nicht beim gewählten Natursteinmaterial "Rauriser Kristallmarmor" das beste Angebot gelegt habe, könne er überhaupt nicht für den Zuschlag in Betracht kommen. Selbst wenn der Auftraggeber nicht gesetzeskonform bei der Festlegung des ausgeschriebenen Materials vorgegangen sei, könne dies auf Grund der eingetretenen Präklusion nicht mehr angefochten werden. Die vom Antragsteller vorgebrachten Angaben zum Schaden seien weder substantiiert noch nachvollziehbar. Dieser sei auch nicht in der Stellungnahme vom 16.6.2008 klargestellt worden. Die Zuschlagsentscheidung entspreche den vorgegebenen Bestimmungen. Mangels

Rechtsverletzung seien sämtliche Anträge des Antragstellers zurück- bzw. abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 13.6.2008 erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen. Im Nachprüfungsantrag seien keine Umstände aufgezeigt oder bescheinigt worden, die das Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur Folge hätten. Es seien weder die Monopolstellung zulasten der Mitbieter noch mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden im Sinne des § 129 Abs 1 Z 3 bzw. Z 8 BVergG 2006 getroffen worden. Eine spekulative Preisgestaltung sei nicht erfolgt. Unterschiedlichen Unternehmen unterschiedliche Nachlässe auf Listenpreise zu gewähren sei weder als spekulativ noch als wettbewerbswidrig sondern als Ausdruck eines funktionierenden Wettbewerbes zu beurteilen. Langjährigen Kunden würde im Hinblick auf Gesamtumsätze gegenüber Neukunden ein unterschiedliches Angebot unterbreitet werden. Mit Schriftsatz vom 13.6.2008 erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen. Im Nachprüfungsantrag seien keine Umstände aufgezeigt oder bescheinigt worden, die das Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur Folge hätten. Es seien weder die Monopolstellung zulasten der Mitbieter noch mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, bzw. Ziffer 8, BVergG 2006 getroffen worden. Eine spekulative Preisgestaltung sei nicht erfolgt. Unterschiedlichen Unternehmen unterschiedliche Nachlässe auf Listenpreise zu gewähren sei weder als spekulativ noch als wettbewerbswidrig sondern als Ausdruck eines funktionierenden Wettbewerbes zu beurteilen. Langjährigen Kunden würde im Hinblick auf Gesamtumsätze gegenüber Neukunden ein unterschiedliches Angebot unterbreitet werden.

Dass der Ausschreibung das Gesteinsmaterial "Rauriser Kristallmarmor" zugrunde gelegt worden sei, sei mangels Anfechtung bestandsfest geworden. Dem Antragsteller komme hinsichtlich des Materials "Dorfergrün" eine Monopolstellung zu, sodass jene Umstände, die der Antragsteller dem präsumtiven Zuschlagsempfänger hinsichtlich des Materials "Rauriser Kristallmarmor" vorwerfe, auch für den Antragsteller hinsichtlich des Materials "Dorfergrün" zutreffen würden. Damit wäre jedoch der Antragsteller auszuschneiden, sodass ihm nach Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kein Schaden entstehen würde. Bei der Preisangemessenheitsprüfung sei auf individuelle Umstände und zur Verfügung stehende Möglichkeiten abzustimmen. Aus einer Preisgegenüberstellung könne grundsätzlich für diese Frage nichts gewonnen werden. Zudem sei der Gesamtpreis und nicht der Angebotspreis in verschiedenen Positionsnummern entscheidungswesentlich.

Die im Leistungsverzeichnis angeführten Erzeugnisse (Referenzfarbe, Karte und Typen) sollten nach den Auftragsbedingungen über die Leistungsbeschreibung hinausgehend den gewünschten Standard festlegen. Der Argumentation des Antragstellers folgend würden auch die von vornherein günstigeren Kunststeinmaterialien oder der Rauchkristall als gleichwertig mit den Materialien "Rauriser Kristallmarmor" zu beurteilen sein. Aufgrund der Leistungsbeschreibung und der herangezogenen Zuschlagskriterien sei das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers als das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu werten. Die Einwendungen des Antragstellers seien als verspätet, unzulässig und jedenfalls unberechtigt zu werten. Der völlig unkonkrete behauptete Schaden des Antragstellers sei nicht nachvollziehbar. Der Antragsteller käme auch nicht als tatsächlicher Bestbieter für den Zuschlag in Betracht, sodass dem Antragsteller auch dadurch keine Nachteile entstehen könnten. Dem Nachprüfungsantrag sei daher keine Folge zu geben. Die verzeichneten Kosten in der Höhe von Euro 2.013,84 der B*** seien festzusetzen und dem Antragsteller der Ersatz an den präsumtiven Zuschlagsempfänger aufzuerlegen.

Zur mündlichen Verhandlung am 25.6.2008 wurden der Auftraggeber, der Antragsteller und der präsumtive Zuschlagsempfänger nachweislich geladen. Am 24.6.2008 teilt der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers im Zuge eines Telefonates mit, dass der Verhandlungstermin am 25.6.2008 von ihm nicht wahrgenommen werde. Die Frage, ob der präsumtive Zuschlagsempfänger persönlich diesen Termin wahrnehmen werde, konnte nicht beantwortet werden.

Zur mündlichen Verhandlung am 25.6.2008 erschienen der Auftraggeber und der Antragsteller, nicht jedoch der präsumtive Zuschlagsempfänger.

Der Auftraggeber konnte die Frage, worauf seine vorgenommene Preisberichtigung im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers von Euro 511.068,-- auf Euro 521.463,-- zurückzuführen sei, nicht beantworten. Ebenso wenig konnte er erklären, warum im Angebotsprüfprotokoll im Unterschied zum Angebot der D*** nicht auch beim Angebot

des präsumtiven Zuschlagsempfängers ein festgestellter Rechenfehler vermerkt sei. Auch für das Infragestellen der Positionsnummer 00011102D im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei der Angebotsprüfung konnte er keine Erklärung abgeben. Er unterstrich die korrekte Vorgangsweise bei der Angebotsprüfung. Eine über 2 % hinausgehende Preisberichtigung beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei nicht vorgenommen worden.

Den vom präsumtiven Zuschlagsempfänger im Leistungsverzeichnis auf Seite 37 gewährten 5%-igen Nachlass bei Anzahlung von 50% der Auftragssumme bewertete der Auftraggeber als einen 5%-igen Nachlass ohne Bedingung. Es sei daher auch kein Begleitschreiben zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers notwendig. Der 5%- ige Nachlass bei Anzahlung von 50% der Auftragssumme im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei vom Angebotsprüfer festgestellt und im Prüfprotokoll festgehalten worden. Dieser Nachlass sei zulässiger Weise im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers berücksichtigt worden. Selbst wenn der Nachlass nicht gewährt würde, wäre das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers noch immer unter dem Angebotspreis des Antragstellers. Da keine unplausible Preiszusammensetzung im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers vorliege, fehle es an einem Ausscheidungsgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG. Der Antragsteller unterstrich die mangelnde Plausibilität des Angebotspreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers, die sich auch im Zuge der Verhandlung gezeigt habe, weshalb das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden sei. Der bedingte Nachlass im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers stelle einen weiteren Ausscheidungsgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 7 und Z 9 BVergG dar. Dieser Nachlass ohne Begleitschreiben hätte im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht berücksichtigt werden dürfen. Die vorgenommene Preiskorrektur im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers würde zudem die 2%-Hürde überschreiten. Dies stelle einen weiteren Ausscheidungsgrund dar. Bei Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers könne ein Vergleich mit dem Angebot des Antragstellers dahingestellt bleiben. Den vom präsumtiven Zuschlagsempfänger im Leistungsverzeichnis auf Seite 37 gewährten 5%-igen Nachlass bei Anzahlung von 50% der Auftragssumme bewertete der Auftraggeber als einen 5%-igen Nachlass ohne Bedingung. Es sei daher auch kein Begleitschreiben zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers notwendig. Der 5%- ige Nachlass bei Anzahlung von 50% der Auftragssumme im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei vom Angebotsprüfer festgestellt und im Prüfprotokoll festgehalten worden. Dieser Nachlass sei zulässiger Weise im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers berücksichtigt worden. Selbst wenn der Nachlass nicht gewährt würde, wäre das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers noch immer unter dem Angebotspreis des Antragstellers. Da keine unplausible Preiszusammensetzung im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers vorliege, fehle es an einem Ausscheidungsgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG. Der Antragsteller unterstrich die mangelnde Plausibilität des Angebotspreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers, die sich auch im Zuge der Verhandlung gezeigt habe, weshalb das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden sei. Der bedingte Nachlass im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers stelle einen weiteren Ausscheidungsgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7 und Ziffer 9, BVergG dar. Dieser Nachlass ohne Begleitschreiben hätte im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht berücksichtigt werden dürfen. Die vorgenommene Preiskorrektur im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers würde zudem die 2%-Hürde überschreiten. Dies stelle einen weiteren Ausscheidungsgrund dar. Bei Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers könne ein Vergleich mit dem Angebot des Antragstellers dahingestellt bleiben.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslage:römisch eins. Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl I Nr 17/2006, wurde mit BGBl I Nr 86/2007, kundgemacht am 26.11.2007, (BVergG) 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 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007,, kundgemacht am 26.11.2007, (BVergG) 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 BVergG 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 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 BVergG 2006 (vgl. BVA 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, BVergG 2006 vergleiche BVA 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 BVergG 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:

1. 1.Ziffer eins

Zum Schaden des Nachprüfungswerbers

Zum Vorbringen des präsuntiven Zuschlagsempfängers bzw des Auftraggebers, dass der völlig unkorrekt behauptete Schaden des Nachprüfungswerbers nicht nachvollziehbar sei, wird auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen, wonach dem Erfordernis der Darlegung des drohenden oder eingetretenen Schadens im Nachprüfungsantrag (§ 322 Abs 1 Z 4 BVergG) bereits dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne ergehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten (vgl. VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; 23.5.2007, 2007/04/0010). Zum Vorbringen des präsuntiven Zuschlagsempfängers bzw des Auftraggebers, dass der völlig unkorrekt behauptete Schaden des Nachprüfungswerbers nicht nachvollziehbar sei, wird auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen, wonach dem Erfordernis der Darlegung des drohenden oder eingetretenen Schadens im Nachprüfungsantrag (Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG) bereits dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne ergehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten vergleiche VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; 23.5.2007, 2007/04/0010).

Der Nachprüfungswerber hat als Schaden die bisher frustrierten Aufwendungen hinsichtlich der Angebotserstellung und -legung sowie für die rechtfreundliche Beratung und Vertretung geltend gemacht. Darüber hinaus hat er auf den mit einer rechtswidrigen Vereitelung der Auftragserteilung verbundenen nachhaltigen Umsatz- und Gewinnentgang

verwiesen, der mit unwiederbringlichen Beeinträchtigungen der Geschäftsentwicklung und des Wachstums des Unternehmens sowie der mangelnden Auslastung der Personal- und Sachressourcen in der Höhe von Euro 100.000,-- verbunden sei. Diese Behauptungen zum drohenden oder bereits eingetretenen Schaden sind plausibel, sodass der Nachprüfungswerber den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 Z 4 BVerfG entsprochen hat. Der Nachprüfungswerber hat als Schaden die bisher frustrierten Aufwendungen hinsichtlich der Angebotserstellung und -legung sowie für die rechtfreundliche Beratung und Vertretung geltend gemacht. Darüber hinaus hat er auf den mit einer rechtswidrigen Vereitelung der Auftragserteilung verbundenen nachhaltigen Umsatz- und Gewinnentgang verwiesen, der mit unwiederbringlichen Beeinträchtigungen der Geschäftsentwicklung und des Wachstums des Unternehmens sowie der mangelnden Auslastung der Personal- und Sachressourcen in der Höhe von Euro 100.000,-- verbunden sei. Diese Behauptungen zum drohenden oder bereits eingetretenen Schaden sind plausibel, sodass der Nachprüfungswerber den formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 4, BVerfG entsprochen hat.

Beim Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers, das Angebot des Antragstellers sei aufgrund eines Missbrauchs seiner Marktmonopolstellung als einziger Lieferant des ausgeschriebenen Materials "Dorfergrün" auszuscheiden, handelt es sich um eine pauschale, unbelegte Behauptung. Im Übrigen ist der präsumtive Zuschlagsempfänger selbst dem Vorbringen des Antragstellers zum Missbrauch seiner Monopolstellung als einziger Lieferant des ausgeschriebenen Materials "Rauriser Kristallmarmor" dezitiert entgegen getreten und hat das Gewähren von unterschiedlichen Nachlässen auf Listenpreise als Ausdruck eines funktionierenden Wettbewerbs erklärt, in dem langjährigen Kunden aufgrund von Gesamtumsätzen gegenüber Neukunden ein unterschiedliches Angebot unterbreitet werde.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Nichtigerklärung einer angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 322 Abs 1 Z 7 BVerfG) Der Antrag auf Nichtigerklärung einer angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung (Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVerfG)

2.1. Nichtigerklärung des Unterlassens des "Ausscheidens des Angebotes der B***, obwohl es infolge spekulativer Preisgestaltung gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVerfG sowie wettbewerbswidrigen Vorgehens gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVerfG auszuscheiden gewesen wäre" 2.1. Nichtigerklärung des Unterlassens des "Ausscheidens des Angebotes der B***, obwohl es infolge spekulativer Preisgestaltung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVerfG sowie wettbewerbswidrigen Vorgehens gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVerfG auszuscheiden gewesen wäre"

Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (B 691/01, B 856/01 vom 2.3.2002 - Unterlassen des Widerrufs) sowie des Verwaltungsgerichtshofes (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 des Auftraggebers, das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuscheiden, 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 BVerfG vorliegt (vgl. dazu BVA 1.2.2008, N/0127-BVA/08/2007-25; 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 des Auftraggebers, das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuscheiden, 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, BVerfG vorliegt vergleiche dazu BVA 1.2.2008, N/0127-BVA/08/2007-25;

BVA 17.9.2004, 11N-65/04-12; 11.6.2004, 05N-35/04-46; 28.6.2004;

15N-46/04-56; 26.11.2004, 04N-96/04-43 u.a.).

2.2. Nichtigerklärung der Auftraggeberentscheidung, "nicht der Antragstellerin A*** mit dem Bestanbot von Euro 431.099,00 (als gleichwertig ausgeschriebenes Alternativ- Material "Dorfergrün") bzw. Euro 395.996,00 (gleichwertiges Material "Rauchkristall") - jeweils zzgl. 20% Mwst. den Zuschlag zu erteilen"

Auch dieses Begehren ist auf eine Unterlassung des Auftraggebers ausgerichtet. Bei diesem vorgebrachten Unterlassen des Auftraggebers handelt es sich ebenso wenig wie beim Unterlassen des Ausscheidens des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers um einen selbstständigen, nach außen in Erscheinung tretenden Teilakt des Vergabeverfahrens, der ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen würde. Damit mangelt es ebenfalls an einem zulässigen Anfechtungsgegenstand im Sinne von § 322 Abs 1 Z 7 BVergG, sodass dieses Begehren als unzulässig zurückzuweisen ist. Auch dieses Begehren ist auf eine Unterlassung des Auftraggebers ausgerichtet. Bei diesem vorgebrachten Unterlassen des Auftraggebers handelt es sich ebenso wenig wie beim Unterlassen des Ausscheidens des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers um einen selbstständigen, nach außen in Erscheinung tretenden Teilakt des Vergabeverfahrens, der ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen würde. Damit mangelt es ebenfalls an einem zulässigen Anfechtungsgegenstand im Sinne von Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG, sodass dieses Begehren als unzulässig zurückzuweisen ist.

Soweit sich das Begehren des Antragstellers auf Nichtigerklärung der Entscheidung, der B*** mit einer Vergabesumme von Euro 495.389,85 (zzgl. Ust.) den Zuschlag erteilen zu wollen, richtet, 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. An Pauschalgebühren wurden für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Euro 5.000,-- entrichtet. Soweit sich das Begehren des Antragstellers auf Nichtigerklärung der Entscheidung, der B*** mit einer Vergabesumme von Euro 495.389,85 (zzgl. Ust.) den Zuschlag erteilen zu wollen, richtet, 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. An Pauschalgebühren wurden für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Euro 5.000,-- entrichtet.

IV. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** mit einer Vergabesumme von Euro 495.389,85 zzgl. Uströmisches vier. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** mit einer Vergabesumme von Euro 495.389,85 zzgl. Ust.

1. 1. Ziffer eins

Bestandskraft der Ausschreibung

Dem Vorbringen des Antragstellers zur verkürzten Angebotsfrist und der unterschiedlichen Bezeichnung des Zuschlagskriteriums als "wirtschaftlich günstigstes Angebot" einerseits und "technisch und wirtschaftlich" günstigstes Angebot mit fehlenden technischen Kriterien andererseits, wird darauf verwiesen, dass mangels rechtzeitiger Anfechtung innerhalb der in § 321 BVergG vorgesehenen Frist die Ausschreibung bestandsfest geworden ist. Dies gilt auch für die übrigen Ausschreibungsbestimmungen (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 28.3.2007, 2005/04/0200; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007- 20; u.a.). Dem Vorbringen des Antragstellers zur verkürzten Angebotsfrist und der unterschiedlichen Bezeichnung des Zuschlagskriteriums als "wirtschaftlich günstigstes Angebot" einerseits und "technisch und wirtschaftlich" günstigstes Angebot mit fehlenden technischen Kriterien andererseits, wird darauf verwiesen, dass mangels rechtzeitiger Anfechtung innerhalb der in Paragraph 321, BVergG vorgesehenen Frist die Ausschreibung bestandsfest geworden ist. Dies gilt auch für die übrigen Ausschreibungsbestimmungen vergleiche VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 28.3.2007, 2005/04/0200; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007- 20; u.a.).

1. 2. Ziffer 2

Der gewährte Nachlass im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers

2.1. Aufschlag/Nachlass auf Seite 37 im Leistungsverzeichnis

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat in seinem Angebot in der Zusammenstellung der Kosten im Leistungsverzeichnis auf Seite 37 einen "5%-igen Aufschlag/Nachlass bei Anzahlung von 50% der Auftragssumme" in der Höhe von Euro 25.553,-- gewährt. Auf Grund der vorhergehenden angegebenen Leistungssumme in der Höhe von

Euro 511.068,-- (unberichtigt) und eines anschließend bekannt gegebenen Gesamtpreises in der Höhe von Euro 485.515,-- (unberichtigt) ist davon auszugehen, dass der angegebene Betrag von Euro 25.553,-

(unberichtigt) - von der Leistungssumme in Abzug gebracht wurde und deshalb als 5%-iger Nachlass bei Anzahlung von 50% der Auftragssumme zu interpretieren ist. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat es offensichtlich unterlassen, den Begriff "Aufschlag" zu streichen (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030, wonach als Interpretationsmaßstab der objektive Erklärungswert heranzuziehen ist). (unberichtigt) - von der Leistungssumme in Abzug gebracht wurde und deshalb als 5%-iger Nachlass bei Anzahlung von 50% der Auftragssumme zu interpretieren ist. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat es offensichtlich unterlassen, den Begriff "Aufschlag" zu streichen (vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030, wonach als Interpretationsmaßstab der objektive Erklärungswert heranzuziehen ist).

Inwiefern der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vom 25.6.2008 zum Schluss kommt, dass es sich beim handschriftlichen Zusatz zum 5%-igen Nachlass mit der Wortfolge "bei Anzahlung von 50% der Auftragssumme" auf Seite 37 im Leistungsverzeichnis um keine Bedingung handle und daher kein bedingter Nachlass im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers vorliege, ist für das Bundesvergabeamt nicht nachvollziehbar. Der Schriftzug dieses Zusatzes stimmt mit den übrigen schriftlichen Ausführungen, die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger in seinem Angebot gemacht wurden, überein und wurde offensichtlich mit dem selben Schreibwerkzeug verfasst. Im Übrigen wurde auch im Zuge der Angebotsprüfung festgestellt, dass der 5%-ige Nachlass im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers unter der Bedingung "bei Anzahlung von 50% der Auftragssumme" gewährt wurde. Dies ergibt sich aus dem Angebotsprüfprotokoll vom 16.5.2008, in dem zum 5%-igen Nachlass des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der Fußnote vermerkt wurde, dass dieser bei Auszahlung von 50% der Auftragssumme eingerechnet werde. Dies wurde auch vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung am 25.6.2008 bestätigt.

2.2. Nachlass im Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)

Im anschließenden "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)" auf Seite 39 im Leistungsverzeichnis schien im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der Zeile "Nachlässe und Aufschläge" bei einem angegebenen Betrag von Euro 25.553,-- in der Rubrik "Nachlass (%)" die Ziffer 5 auf. Eine Anmerkung, dass der 5%-ige Nachlass in der Höhe von Euro 25.553,-- bei Anzahlung von 50% der Auftragssumme gewährt werde, scheint in diesem Zusammenhang nicht auf.

Damit hat der Antragsteller zwei miteinander nicht in Einklang zu bringende Willenserklärungen abgegeben. Einerseits führt er einen 5%-igen Nachlass bei Anzahlung von 50% der Auftragssumme in der Höhe von Euro 25.553,-- in der Zusammenfassung der Angebotskosten im Leistungsverzeichnis an, andererseits gibt er im anschließenden "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)" einen 5%-igen Nachlass in der Höhe von Euro 25.553,-- an, ohne auf eine Anzahlung von 50% der Auftragssumme hinzuweisen. Da trotz nachweislicher Ladung zur mündlichen Verhandlung am 25.6.2008 weder der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers noch der präsumtive Zuschlagsempfänger selbst zur mündlichen Verhandlung erschienen sind, konnte zu diesen Angaben im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch keine Befragung des präsumtiven Zuschlagsempfängers erfolgen.

Lässt sich wie im konkreten Fall von einander widersprechender Willenserklärungen ein eindeutiger Inhalt nicht ermitteln, so kommt die Zweifelsregel gemäß § 915 ABGB zur Anwendung (siehe OGH 27.1.1998, 2Ob 36/98b, RS 01019295 = MietSIG 50.086). 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, welches dem "ersten 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). Lässt sich wie im konkreten Fall von einander widersprechender Willenserklärungen ein eindeutiger Inhalt nicht ermitteln, so kommt die Zweifelsregel gemäß Paragraph 915, ABGB zur Anwendung (siehe OGH 27.1.1998, 2Ob 36/98b, RS 01019295 = MietSIG 50.086). 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, welches dem "ersten 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 JBI 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 präsumtiven Zuschlagsempfängers zum Nachlass 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.). Unter diesem Aspekt ist davon auszugehen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger einen 5%-igen Nachlass in der Höhe von Euro 25.553,-- (unberichtigt) bei Anzahlung von 50% der Auftragsumme gewährt hat. Damit sind die Angaben im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers zum Nachlass 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.). Unter diesem Aspekt ist davon auszugehen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger einen 5%-igen Nachlass in der Höhe von Euro 25.553,-- (unberichtigt) bei Anzahlung von 50% der Auftragsumme gewährt hat.

Der Nachteil ergibt sich für den präsumtiven Zuschlagsempfänger nämlich daraus, dass sowohl in der "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" als auch in dem "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)", die zu den Ausschreibungsunterlagen zählen, eine Bestimmung für bedingte Nachlässe bzw Aufschläge enthalten ist. Danach können Nachlässe und/oder Aufschläge, die an Bedingungen gebunden sind, nur anerkannt werden, wenn sie auf einem Begleitschreiben zum Angebot genannt werden.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hätte 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 11.1.2008, N/0112- BVA/14/2007-20; 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 u.a.] davon ausgehen müssen, dass ein solcher unter einer Bedingung gestellter Nachlass auf einem Begleitschreiben zum Angebot genannt werden muss, damit ihn der Auftraggeber anerkennen kann.

2.3. Bedingter Nachlass

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat es verabsäumt, in einem Begleitschreiben zu seinem Angebot den 5%-igen Nachlass bei Anzahlung von 50% der Auftragsumme in der Höhe von Euro 25.553,-- (unberichtigt) zu nennen. Dass dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers kein Begleitschreiben beilag, ergibt sich auch aus dem Protokoll über die Angebotsöffnung vom 21.12.2007 und dem vom Auftraggeber im Original vorgelegten Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers.

Abgesehen davon, dass auch bei der Angebotsprüfung - wie sich aus einer entsprechenden Anmerkung im Angebotsprüfungsprotokoll vom 16.5.2008 zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sowohl beim Natursteinmaterial "Rauriser Kristallmarmor" als auch beim Natursteinmaterial "nach Wahl des Bieters" ergibt - davon ausgegangen wurde, dass der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angegebene 5%-ige Nachlass von der Gesamtzwischensumme unter der Bedingung der Anzahlung von 50% der Auftragsumme gewährt wurde, hätte der Auftraggeber diesen bedingten Nachlass gemäß der bestandsfest gewordenen Ausschreibung nicht beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers berücksichtigen dürfen.

Die oben genannte Bestimmung zum bedingten Nachlass in den Ausschreibungsunterlagen hat der Auftraggeber offensichtlich außer Acht gelassen und beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers den 5%-igen bedingten Nachlass von der von ihm von Euro 511.068,-- auf Euro 521.463,-- berichtigten Leistungssumme in Abzug gebracht, woraus sich für den Auftraggeber ein Gesamtpreis von Euro 495.389,85 ohne Ust. ergab. Diesen Betrag hat der Auftraggeber unzulässiger Weise der Bewertung der Angebote beim Material "Rauriser Kristallmarmor" zugrunde gelegt, wodurch das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers an 1. Stelle gereiht wurde.

Zu der vom Auftraggeber beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers vorgenommenen Berichtigung der Leistungssumme von 511.068,-- auf Euro 521.463,-- wird bemerkt, dass diese für das Bundesvergabeamt nicht

nachvollziehbar ist. Auch der Auftraggeber konnte diese Berichtigung ebenso wenig in der mündlichen Verhandlung am 25.6.2008 erklären wie den Umstand, dass die Positionsnummer 00011102D im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers in Frage gestellt wurde. Aus diesem Grund ist bereits die Bewertung des Auftraggebers beim Material "Rauriser Kristallmarmor" zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers und damit die Zuschlagsentscheidung nicht nachvollziehbar. Dass der Gesamtpreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers nach oben zu revidieren ist, ergibt sich jedenfalls nachvollziehbar bei der Positionsnummer "01280109A (Höhenausgl.Boden b. 10mm), bei der für eine Menge von 150m2 mit einem Einheitspreis von Euro 20,50 statt eines Positionspreises von Euro 2.050,-- ein Betrag von Euro 3.075,- anzugeben gewesen wäre. Daraus lässt sich aber nicht die Höhe der oben genannten vom Auftraggeber vorgenommene Berichtigung der Leistungssumme erklären.

Selbst wenn im für den präsumtiven Zuschlagsempfänger günstigsten Fall sein im Angebot genannter Gesamtpreis von Euro 511.068,-- für die Bewertung beim Material "Rauriser Kristallmarmor" Farbe dunkelblau herangezogen werden würde, wäre das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht als Bestangebot zu werten, da der bedingte 5%-ige Nachlass bei Auszahlung von 50% der Auftragssumme beim präsumtiven Zuschlagsempfänger beim Material "Rauriser Kristallmarmor", Farbe dunkelblau, nicht berücksichtigt werden könnte. Ein Gesamtpreis ohne Berücksichtigung des oben angesprochenen bedingten Nachlasses beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre jedenfalls der Angebotsprüfung zugrunde zu legen gewesen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger ist unter Berücksichtigung der obigen Erörterungen daher weder beim Natursteinmaterial "Rauriser Kristallmarmor", Farbe dunkelblau, noch bei dem Material "Naturstein nach Wahl des Bieters", für das der präsumtive Zuschlagsempfänger ebenfalls ein Angebot gelegt hat, als Bestbieter einzustufen.

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

Da durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung der Antragsteller in den von ihm geltend gemachten Rechten verletzt ist und - wie oben aufgezeigt - durch die unzulässige Berücksichtigung des 5%-igen Nachlasses bei Anzahlung von 50% der Auftragssumme im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers die 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 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007-41 und N/0051-BVA/04/2007-47 u.a.), ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** vom 16.5.2008 mit einer Vergabesumme von Euro 495.389,85 (exkl. Ust.) für nichtig zu erklären. Da durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung der Antragsteller in den von ihm geltend gemachten Rechten verletzt ist und - wie oben aufgezeigt - durch die unzulässige Berücksichtigung des 5%-igen Nachlasses bei Anzahlung von 50% der Auftragssumme im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers die 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 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007-41 und N/0051-BVA/04/2007-47 u.a.), ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** vom 16.5.2008 mit einer Vergabesumme von Euro 495.389,85 (exkl. Ust.) 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 2.500,-- 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 2.500,-- 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 1.250,-- bezieht, gemäß § 319 Abs 2 BVergG stattzugeben. Mit Bescheid vom 6.6.2008, N/0056-BVA/04/2008-EV7, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise 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 1.250,-- bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG stattzugeben. Mit Bescheid vom 6.6.2008, N/0056-BVA/04/2008-EV7, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben.

Da vom Antragsteller für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung damit insgesamt Euro 3.750,-- zu entrichten waren, war spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am

15.09.2008

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