

# TE Verg Bescheid 2006/12/6 N/0089-BVA/08/2006-88

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.12.2006

## Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §325 Abs1

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

## Text

### Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat am 6.12.2006 gemäß § 303 BVergG 2006 durch Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Beisitzerin der Auftraggeberseite Mag Maria Muntner, Beisitzer der Auftragnehmerseite Mag Alexander Piekniczek) betreffend die (öffentliche) Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft mbH und deren Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "8010 Graz, Mozartgasse 14; ZMB - Zentrum für molekulare Biowissenschaften - IVC-Tierhaltesystem und Zubehör", (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im ABl vom 7.7.2006, 2006/S 127-135403) über die am 25.10.2006 protokollierten Anträge auf Nichtigerklärung einer Ausscheidens- und einer Zuschlagsentscheidung je vom 11.10.2006 sowie auf Pauschalgebührenersatz, gestellt durch die durch X\*\*\* RECHTSANWÄLTE GMBH vertretene Antragstellerin A\*\*\* sowie über diesbezüglich teilweise ausdrücklich vorgetragenen Gegenanträge der Auftraggeberin und der T\*\*\* wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 6.12.2006 gemäß Paragraph 303, BVergG 2006 durch Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Beisitzerin der Auftraggeberseite Mag Maria Muntner, Beisitzer der Auftragnehmerseite Mag Alexander Piekniczek) betreffend die (öffentliche) Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft mbH und deren Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "8010 Graz, Mozartgasse 14; ZMB - Zentrum für molekulare Biowissenschaften - IVC-Tierhaltesystem und Zubehör", (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im Amtsblatt vom 7.7.2006, 2006/S 127-135403) über die am 25.10.2006 protokollierten Anträge auf Nichtigerklärung einer Ausscheidens- und einer Zuschlagsentscheidung je vom 11.10.2006 sowie auf Pauschalgebührenersatz, gestellt durch die durch X\*\*\* RECHTSANWÄLTE GMBH vertretene Antragstellerin A\*\*\* sowie über diesbezüglich teilweise ausdrücklich vorgetragenen Gegenanträge der Auftraggeberin und der T\*\*\* wie folgt entschieden:

### Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag vom 25.10.2006 auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 325 Abs 1, 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006BGBl I 17/2006Rechtsgrundlagen: Paragraphen 325, Absatz eins, 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006,

II.römisch zwei.

Der Antrag vom 25.10.2006 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 325 Abs 1 BVergG 2006BGBl I 17/2006Rechtsgrundlage: Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006,

III.römisch drei.

Die Anträge vom 25.10.2006 auf Ersatz der Pauschalgebühren betreffend die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren werden abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 303 und 319 BVergG 2006BGBl I 17/2006Rechtsgrundlagen: Paragraphen 303 und 319 BVergG 2006 Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006,

Begründung

Sachverhalt samt Parteinovorbringen und Verfahrensgang:

Die Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft mbH leitete Ende Juni 2006 ein Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "8010 Graz, Mozartgasse 14, ZMB - Zentrum für molekulare Biowissenschaften - IVC-Tierhaltesystem und Zubehör" ein.

Die gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung erfolgte Anfang Juli 2006.

Mit diesem Vergabeverfahren sollen für das in Errichtung befindliche Zentrum für molekulare Biowissenschaften der Universität Graz so genannte IVC - Tierhalte - Einrichtungen beschafft werden.

Unter der Abkürzung "IVC" ist dabei die englische Wortfolge "individually ventilated cabinets", also "individuell belüftete Kabinen (hier gemeint: Tierkäfige)" zu verstehen.

In einem solchen System sollen gegenständlich nach Fertigstellung Mäuse, Ratten und auch einige Kaninchen in der Größe nach variierenden und entsprechend durchlüfteten Kunststoffkäfigen gehalten werden.

Kennzeichnend dabei ist, dass die Tierhaltekäfige luftdicht von der Umgebungsluft abgeschlossen sind und auf so genannten "racks", den Käfiggestellen angebracht sind. Die Käfige verfügen über einen Zuluft- sowie einen Abluftanschluss; und werden die Käfige über den jeweiligen Zuluftanschluss mit Frischluft versorgt, bzw wird die Abluft über den jeweiligen Abluftanschluss aus den Käfigen abgesaugt.

Die Anzahl der pro Stunde in einem Käfig erfolgenden Luftaustausche wird dabei als "Luftwechselrate (= LWR)" definiert. Durch die entsprechend gewährleistete LWR wird sichergestellt, dass insbesondere Sauerstoff und Kohlendioxid in der Käfigluft des jeweiligen Tierkäfigs in für die Versuchstiere verträglicher bzw indizierter Menge vorhanden sind; und überdies der gleichfalls wegen der Stoffwechselprodukte der Tiere entstehende Ammoniak nicht in einer überhöhten Konzentration in der Käfigluft enthalten ist.

Wie das Ermittlungsverfahren ergeben hat, befinden sich auf der Käfiggestelltype, die zur Bemusterung mitzubringen war, bis zu 48 Tierhaltekäfige - Seiten 34 und 42, Position 1.1) der Angebotsunterlage.

Die Käfiggestelle, welche insbesondere aus besonders normierten Luftrohren bestehen, werden im Betrieb über Zu- und Abluftanschlüsse mit einer IVC - Gebläseeinheit verbunden - zu einem derartigen System siehe zB das der Niederschrift über die Zeugeneinvernahme vom 24.11.2006 angeschlossenen Foto in lfd Nr 53 des Verwaltungsakts.

Ausschreibungsgemäß ist dabei vorzusehen, dass eine IVC - Gebläseeinheit eine oder auch mehrere Käfiggestelle mit darauf befindlichen Käfigen mit entsprechender Zuluft versorgt, bzw die Abluft aus sämtlichen gerade angeschlossenen Käfigen entsprechend absaugt.

Die IVC-Gebläseeinheit hat dabei zu ermöglichen, dass von Überdruckbetrieb auf Unterdruckbetrieb bzw. von Unterdruckbetrieb auf Überdruckbetrieb umgeschaltet werden kann; wobei diesbezüglich vom Betriebsmodus gesprochen wird.

Beim Überdruckbetrieb ist der Luftdruck in den Käfigen geringfügig höher als in der Raumluft. Mit diesem Betriebsmodus soll insbesondere gewährleistet werden, dass über planwidrige Undichtheiten der Käfige und Käfiganschlüsse - man denke etwa an schadhafte Dichtungen - Raumluft in die Käfige eindringt und dabei die in den Käfigen befindlichen Versuchstiere (planwidrig) mit Krankheitserregern infiziert.

Beim Unterdruckbetrieb ist der Luftdruck in den Tierkäfigen geringer als der Luftdruck der Umgebungsluft, womit vermieden werden soll, dass die Umgebung durch in den Käfigen enthaltene, allenfalls mit Krankheitserregern angereicherte Luft über planwidrige Undichtheiten in die Umwelt tritt und damit zB eine potentielle Gefährdungsquelle für andere Lebewesen darstellt.

Die IVC - Gebläseeinheit hat - neben anderen ausgeschriebenen Funktionen - insbesondere zu gewährleisten, dass die eingestellte LWR tatsächlich zu einem der eingestellten LWR entsprechenden Lufttausch in den Käfigen führt, und dass dieser Lufttausch sowohl im Über- als auch im Unterdruckbetrieb gewährleistet ist. Dabei steigt das durch die Gebläseeinheit mittels des Zuluftgebläses und des Abluftgebläses zu befördernde gesamte Luftvolumen (iS der Gesamtluftmenge), je mehr mit Käfigen bestückte Käfiggestelle bzw je mehr und je größere Käfige pro Gestell in einem bestimmten Betriebszeitpunkt gerade mit Neuluft versorgt bzw von der Abluft entsorgt werden sollen. Die in sämtliche Käfige transportierte Gesamtluftmenge und die aus eben diesen Käfigen abtransportierte Abluft variieren - mit anderen Worten - je nach so genannter Käfigkonfiguration, die durch die jeweilige IVC - Gebläseeinheit gerade zu durchlüften ist, wobei die jeweils vorgegebene LWR (zwischen 30 und 90 LWR pro Stunde laut Position 3 des Leistungsverzeichnisses) gleichfalls auf das insgesamt beförderte Luftvolumen rückwirkt. Die Gebläseeinheiten haben den jeweils vorgegebenen Luftvolumenstrom zu regeln und auch zu gewährleisten, wobei dies - zur Veranschaulichung - insbesondere durch ein Variieren der Drehzahl der Ventilatoren in der jeweiligen Zu- bzw Ablufteinheit der Gebläseeinheit(-en) geschieht.

Die Ausschreibung des gegenständlichen Vergabeverfahrens besteht neben nationalen und einer gemeinschaftsweiten Vergabebekanntmachung insbesondere aus dem Konvolut "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" und dem Konvolut "Angebotsschreiben", also der eigentlichen Angebotsunterlage.

In den "Angebotsbestimmungen" ist zB in Punkt 17. festgelegt, dass eine Vergabe im Oberschwellenbereich stattfindet.

Im "Angebotsschreiben", welches die von den Bietern zu verwendende Angebotsunterlage darstellt, ist insbesondere das Leistungsverzeichnis (= LV) des gegenständlichen Vergabeverfahrens enthalten.

Die hinsichtlich des Bescheidspruchs interessierenden Teile des LV lauten dabei ab Seite 33 der Angebotsunterlage:

#### Allgemeine Beschreibung

Bei gegenständlichem Projekt handelt es sich um ein Forschungs- bzw. Unterrichtsgebäude der Karl Franzens Universität Graz in der Humboldtstraße 1 in 8010 Graz.

Das Zentrum für molekulare Biowissenschaften (ZMB) besteht aus drei separaten Gebäudeteilen mit jeweils vier Geschossen über Erdniveau. Über das erste und zweite Untergeschoss sind die drei Gebäudeteile miteinander verbunden.

Der geplante Gesamtfertigstellungstermin ist Ende 2006.

Im ersten Untergeschoss sind neben Technikflächen ein Isotopenlaborbereich, sowie ein Tierhaltebereich untergebracht.

Der Tierhaltebereich besteht aus vier Tierhalteräumen, Laborräumen, Lagerräumen, Verkehrsflächen, Personalräumen, sowie einer zentral angeordneten Spülküche.

Im Vollbetrieb sollen in diesem Bereich ca. 8.000 Mäuse sowie 400 Ratten gehalten werden. Die Unterbringung der Tiere erfolgt dabei in sog. IVC-Systemen. Dabei werden die Käfige über Gebläseeinheiten einzeln be- und entlüftet.

Auch die Haltung einiger Kaninchen ist geplant.

Größe der Tierhaltungsräume:

...

In den im Angebot angegebenen Preisen sind alle personellen und sachlichen Aufwendungen bis zur Lieferung sowie die gesamten Lohnkosten bis einschließlich Prüfung der Anlage nach Aufstellung enthalten.

Ebenso sind in den Preisen Verpackungen, Entsorgung der Verpackung, Pläne, technische Unterlagen, Betriebs- und Wartungsanleitungen in dreifacher Ausfertigung sowie die nachweisliche Einschulung von Betriebs- und Wartungspersonal enthalten.

Zur Einschulung gehört auch die Unterrichtung des Bedienpersonals über Softwareanwendungen und notwendige Wartungsarbeiten, um einen möglichst langen störungsfreien Betrieb zu gewährleisten.

Auf Seite 34 der Angebotsunterlage ist insbesondere nachstehende Teststellungsbestimmung enthalten:

Zur Unterstützung der Bewertung von Kriterien sind binnen von 2 Wochen nach Aufforderung folgende Komponenten des Tierhaltungssystem für die Dauer von 6 Werktagen vorzulegen:

1 Stk. Käfig-Rack für Typ II L – Käfige (siehe Pos: 1.1) Je 48 Stk. Käfige Typ II L (siehe Pos: 2.1) 1 Stk. Käfig-Rack für Typ römisch zwei L – Käfige (siehe Pos: 1.1) Je 48 Stk. Käfige Typ römisch zwei L (siehe Pos: 2.1)

Gitterdeckel für Käfige, Typ II L (siehe Pos: 2.3) Gitterdeckel für Käfige, Typ römisch zwei L (siehe Pos: 2.3)

Hauben für Käfige, Typ II L (siehe Pos: 2.5) Hauben für Käfige, Typ römisch zwei L (siehe Pos: 2.5)

Tränkeflaschen 260ml (inkl. Kappen)

1 Stk. Gebläseeinheit inkl. lufttechnische Anschlusskomponenten. 1 Stk. Transport- und Autoklavierwagen (siehe Pos: 5)

Der genaue Ort der Bemusterung in Graz wird ebenfalls zeitgerecht bekannt gegeben.

Danach finden sich insbesondere Bestimmungen über Zuschlagskriterien.

Der Gewährleistungszeitraum für das gelieferte System muss mindestens 2 Jahre ab der förmlichen Übernahme betragen.

Der Bieter ist aufgefordert, unbedingt alle folgenden Angaben vollständig darzulegen.

Angaben wie: "siehe Beilage" etc. sind ausschließlich nur für über das LV hinausgehende Erklärungen möglich.

Bei den Abfragepositionen ist das für das angebotene Produkt zutreffende anzuhaken. Keine Kennzeichnung wird als Nein gewertet.

Alle Lückentexte der Ausschreibung sind detailliert und vollständig auszufüllen.

Hauptkriterien für den Zuschlag

- |        |                                                   |
|--------|---------------------------------------------------|
| 1. 1.) | Jeins,                                            |
| 40%    | Anschaffungspreis und Wartungskosten für 10 Jahre |
| 2. 2.) | 2,                                                |
| 10%    | Kundendienst / Service                            |
| 3. 3.) | 3,                                                |
| 10%    | Funktionalität / Bedienung                        |
| 4. 4.) | 4,                                                |
| 35%    | Technische Ausführung                             |
| 5. 5.) | 5,                                                |
| 5%     | Gewährleistungsverlängerung                       |

Die Reihung der Hauptkriterien entsprechend der zuerkannten Bedeutung ergibt sich aus der Gewichtung in Prozent.

Die Beurteilung anhand der Kriterien erfolgt durch Punkteberechnung in einer Bandbreite von 0 bis 10.

Die erzielten Punkte zu einem Kriterium werden mit dessen Gewichtung multipliziert (=gewichtete Punkte).

Das Bestbieteranbot ist jenes Anbot, welches die maximale Summe gewichteter Punkte erzielt.

Punktevergabe Jury:

Die Bewertung einzelner Subkriterien des Hauptkriteriums "Funktionalität / Bedienung" sowie des Hauptkriteriums "Technische Ausführung" erfolgt durch eine Nutzerjury anhand der Angaben im LV, den beigelegten Prospekten, sowie anhand der Teststellung der Geräte.

1. 1) Ziffer eins

Preisbewertung:

Gewichtung 40%

Maximal 10 Punkte für das günstigste, ausschreibungskonforme Angebot.

Vergleichspreis = Angebotspreis + Wartungskosten für 10 Jahre.

Die Punkteberechnung erfolgt nach der Formel

Punktezahl = im Bereich von 1 – 10 Punkten.

Formelergebnissen unter 1 wird 1 Punkt zugeordnet (AP =

Angebotspreis,

PB = Preis des Billigsangebotes).

1. 2) Ziffer 2

Kundendienst / Service:

....

Beginnend ab Seite 39 finden sich insbesondere

Mindestanforderungen für das zu liefernde Tierhaltungssystem:

Technische Vorbemerkungen:

1. 1) Ziffer eins

Grundsätzliche Anforderungen an die Ausrüstung:

...

1.4) Betriebsicherheit / Referenzen:

Bei allen Funktionen, bei denen die Gesundheit, das Leben oder die Sicherheit von Menschen und / oder Tieren betroffen sind, sind betriebssichere, erprobte Lösungen einzusetzen. Eine Liste von Referenzen mit gleichen Anwendungen ist beizulegen, wobei – soweit zulässig – zu den genannten Referenzen ein Ansprechpartner (mit Telefonnummer) für eventuelle Rückfragen anzugeben ist.

4) Spezielle Anforderungen an die IVC-Gebläse-Einheiten

4.1) Luftmengen / Luftwechselraten:

Die Luftmengen müssen für Zu- und Abluft unabhängig voneinander stufenlos eingestellt werden können. Dabei sind die Zu- bzw. Abluft-Volumenströme als Steuerungsparameter zu verwenden. Es müssen beliebige Luftwechselraten zwischen ca. 30 und ca. 90 (1/h) einstellbar sein.

4.2) Ankoppelung von mehreren IVC-Gestellen:

Die Gebläse-Einheiten müssen die werkzeuglose Ankoppelung von mehreren IVC-Gestellen zulassen, wobei die Größe und die Anzahl auch noch später vom Nutzer flexibel variiert werden kann.

4.3) Schwingungsübertragung / Geräuscentwicklung:

Die Gebläse-Einheiten müssen so gestaltet sein, dass keine mechanischen Schwingungen auf die Tiere in den IVC-Gestellen übertragen werden können, d.h. die Ventilatoren und deren Antriebe dürfen nicht im gleichen Gestell untergebracht werden, wie die Tiere. Außerdem sind besonders leise laufende Ventilatoren und Motoren vorzusehen.

4.4) Überwachung / Störungsalarme:

Zur Sicherheit der Tiere und der Menschen muss die Zu- und Abluftmenge, sowie die Temperatur und relative Luftfeuchtigkeit in der Abluft permanent automatisch überwacht werden. Hierfür sind optische Alarmanzeigen vorzusehen, welche für Zu- und Abluft unabhängig von einander sowohl eine zu geringe, als auch eine zu hohe

Luftmenge, bzw. ein Über- oder Unterschreiten der Schwellenwerte für die Temperatur und relative Luftfeuchtigkeit anzeigen. Die jeweiligen Alarmschwellen müssen vom Nutzer ohne Werkzeug und ohne Hinzuziehen eines Servicetechnikers an die individuellen Gegebenheiten angepasst werden können. Bei Funktionsstörung oder Spannungsausfall muss der Gebäudeleittechnik ein Alarm als Störmeldung über 2 potentialfreie Kontakte zur Verfügung gestellt werden.

#### 4.5) Differenzdruckmessung Käfig-Raum (optional):

Sofern dies im LV explizit gefordert ist, müssen die Gebläseeinheiten einen Pneumatikschlauch-Anschluss und eine digitale Anzeigeeinrichtung besitzen, sodass man den Differenzdruck zwischen dem Käfig und dem Raum, gemessen in einem Käfig in der oberen Reihe eines Gestells, ablesen kann. Es müssen Schwellenwerte für den Differenzdruck an der Gebläseeinheit einzustellen sein, bei deren Über- oder Unterschreiten ein Alarm angezeigt, sowie entsprechend Pkt. 4.5 der Gebäudeleittechnik zur Verfügung gestellt wird.

#### 4.6) Betriebsbereite Aufstellung und Einweisung:

In die Einheitspreise sind die Kosten für die betriebsfertige Aufstellung der Gebläseeinheiten sowie die Einweisung des Bedienungspersonals mit einzukalkulieren.

Gemäß Position 3 des Leistungsverzeichnisses sind 19 Stück IVC - Gebläseeinheiten ausschreibungsgegenständlich.

In der LV - Position 3 befinden sich für diese Gebläseeinheiten wiederum Mindestanforderungen und weiters für die Angebotsbewertung relevante Abfragen bzw. Bieterlücken.

Die im gegenständlichen Verfahren als Antragstellerin einschreitende A\*\*\* ist beim Amtsgericht Em\*\*\* in Deutschland zu HRA xxx\*\*\* in das deutsche Handelsregister eingetragen, wobei diese Kommanditgesellschaft zu FN xyz\*\*\* mit einer inländischen Zweigniederlassung in T\*\*\* zusätzlich im österreichischen Firmenbuch protokolliert ist - am 24.11.2006 von der Antragstellerin vorgelegter Firmenbuchauszug vom 12.10.2006, beigeschlossen der lfd Nr 53.

Die Antragstellerin legte im streitgegenständlichen offenen Vergabeverfahren laut Angebotseröffnungsprotokoll fristgerecht ein Angebot, welches von Herrn Wu\*\*\* unterzeichnet wurde, der für die Antragstellerin als selbständig vertretungsbefugter Prokurist für die besagte Zweigniederlassung tätig ist.

Vor der Ausschreibung führte die Antragstellerin mit der Auftraggeberin Gespräche, in welchem (letztlich unstrittig) eine Musterstellung gegen Ende des Jahres 2006 angedeutet wurde - Niederschrift über eine Zeugeneinvernahme am 27.11.2006, Aussage des Herrn DI Oe\*\*\*, lfd Nr 59a, S 4.

Bis 21.7.2006 legten 4 Bieter, darunter die Antragstellerin und die T\*\*\* Angebote. Die Angebotspreise lagen dabei bei der Antragstellerin und bei der T\*\*\* um die EUR 800.000,-- wobei die Antragstellerin um mehr als EUR 60.000,-- billiger anbot.

Herr Wu\*\*\* erkundigte sich am 28.7.2006 telefonisch bei Herrn DI Ra\*\*\* über den weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens, wobei im Telefonat eine Bemusterung in der Urlaubszeit noch als unwahrscheinlich angesprochen wurde - Verhandlungsniederschrift lfd Nr 77, S 10.

Die Auftraggeberin beraumte bei der Antragstellerin am 2.8.2006 die Bemusterung ab 16.8.2006 an.

Bei der Angebotsprüfung waren Herr Dr Wä\*\*\* als Vertreter der Universität Graz (bei der Bemusterung am 16.8.2006) und Herr DI Ra\*\*\* als Mitarbeiter eines externen technischen Büros im Auftrag der Auftraggeberin führend tätig, wobei Herr Ing Re\*\*\* als der Auftraggeberin in Graz dienstzugeteilter Landesbeamter in die formelle Abwicklung der Vergabe eingebunden war.

Für die Antragstellerin war Herr DI Oe\*\*\* bei der Teststellung am 16.8.2006 führend tätig.

Herr DI Ra\*\*\* verfasste dabei ein Protokoll über die am 16.8.2006 vorgenommene Bemusterung, welches auch dem Nachprüfungsantrag beigelegt wurde.

Die Antragstellerin führte bei der Teststellung am 16.8.2006 eine IVC - Gebläseeinheit vor, die noch nicht jenen Fertigstellungsgrad aufwies, den eine im Auftragsfall zu liefernde, betriebsbereite IVC - Gebläseeinheit aufweisen sollte.

Insbesondere war am 16.8.2006 nur das manuelle und nicht das menügesteuerte Umschalten von Über- auf Unterdruckbetrieb und umgekehrt möglich, und war es an diesem Tag weiters noch nicht möglich, über das (elektronische) Menü die gesamte Zu- und Abluftmenge je nach variierter Käfiganzahl und gewünschter LWR etc zu

steuern.

In einem e-mail der Frau Schae\*\*\* aus der Sphäre der Antragstellerin wurden diese Menüsteuerungsmöglichkeiten am 18.8.2006 an Herrn Dr Wä\*\*\* als künftig vorhanden mitgeteilt.

Die Auftraggeberin versandte am 11.10.2006 die gegenständlich angefochtene Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Antragstellerin und die hier gleichfalls angefochtene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der T\*\*\*. Auch wurde eine Stillhaltefrist bis 25.10.2006 mitgeteilt.

Gründe für das Ausscheiden der Antragstellerin waren in diesen Vergabeentscheidungen nicht ersichtlich.

Über Rückfrage namens der Antragstellerin verfasste Herr Ing Re\*\*\* am 13.10.2006 ein e-mail an Herrn Wu\*\*\*, in dem verschiedene Ausscheidensgründe mitgeteilt wurden. Dieses e-mail basiert auf dem Teststellungsprotokoll, welches Herr DI Ra\*\*\* erstellt hatte. Inhaltlich wurde die Antragstellerin darin als auszuscheidend beurteilt, weil in der Ausschreibung ein volumengeregeltes System gefordert worden wäre, die Antragstellerin jedoch ein druckgeregeltes System angeboten gehabt hätte.

Weiters hätte beim vorgeführten Gerät nicht von Über- auf Unterdruck umgeschaltet werden können.

Zudem wäre das Angebot unvollständig, weil keine Messkäfige angeboten worden wären.

Überdies wäre das Angebot der Antragstellerin fehlerhaft ausgefüllt worden,

weil die Eingabemöglichkeit von Käfiganzahl und Käfigtype nicht vorhanden wäre,

weil eine Konfigurationsprüfung durch Bedienerführung (durch einen Verweis auf den nicht angebotenen Messkäfig) nicht vorhanden wäre, weil das Umschalten zwischen Über- und Unterdruckbetrieb beim vorgestellten Gerät nicht möglich gewesen ist,

weil Alarmmeldungen nicht protokolliert würden,

und weil keine Überwachung der Zu- und Abluftvolumina vorhanden

wäre.

Dieses mail befindet sich bereits als Beilage zum Nachprüfungsantrag im Akt.

Die Antragstellerin bekämpfte diese sämtlichen Ausscheidensgründe im Nachprüfungsantrag vom 25.10.2006 als vergaberechtswidrig. Weiters machte die Antragstellerin die fehlende Begründung der Ausscheidensentscheidung als vergaberechtswidrig geltend, weil es bei der Antragstellerin eine menügesteuerte Eingabemöglichkeit von Käfiganzahl und Käfigtype gäbe.

Das Bundesvergabeamt untersagte am 30.10.2006 gemäß § 329 BVergG 2006 antragsgemäß die Untersagung der Zuschlagserteilung bis zum Ablauf des 6.12.2006. Das Bundesvergabeamt untersagte am 30.10.2006 gemäß Paragraph 329, BVergG 2006 antragsgemäß die Untersagung der Zuschlagserteilung bis zum Ablauf des 6.12.2006.

Die T\*\*\* erstattete am 8.11.2006 Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag.

Am 24.11.2006 und am 27. 11. 2006 wurden Herr DI Ra\*\*\*, Herr Dr Wä\*\*\* und Herr DI Oe\*\*\* als zu diesem Zeitpunkt maßgeblich am Sachverhalt beteiligt erscheinende Personen zeugenschaftlich im Verfahren über die allfällige Verlängerung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 einvernommen, da zu diesem Zeitpunkt in Frage stand, ob technische Fragen mit einem Sachverständigen zu lösen wären, und die Erfolgsaussichten des Hauptantrags Entscheidungsdeterminanten für die eV - Entscheidung sind - EuGH Rs C-424/01. Am 24.11.2006 und am 27. 11. 2006 wurden Herr DI Ra\*\*\*, Herr Dr Wä\*\*\* und Herr DI Oe\*\*\* als zu diesem Zeitpunkt maßgeblich am Sachverhalt beteiligt erscheinende Personen zeugenschaftlich im Verfahren über die allfällige Verlängerung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 einvernommen, da zu diesem Zeitpunkt in Frage stand, ob technische Fragen mit einem Sachverständigen zu lösen wären, und die Erfolgsaussichten des Hauptantrags Entscheidungsdeterminanten für die eV - Entscheidung sind - EuGH Rs C-424/01.

Bei diesen Zeugenbefragungen wurde durch den Senatsvorsitzenden insbesondere auch das Funktionieren eines IVC - Tierhaltesystems abgeklärt und beließ Herr DI Oe\*\*\* am 27.11.2006 ein Bemusterungsexemplar eines Käfiggestells mit Plätzen für zwei Käfige und einem Tierhaltekäfig im Bundesvergabeamt, so dass der Senat auf Basis dieses

Augenscheinsobjekts und eines im Akt bei der lfd Nr 53 beigeschlossenen Fotos das grundsätzliche Funktionieren des streitigen Tierhaltungssystems in einer Vorberatung am 29.11.2006 nachvollziehen konnte.

Am 30.11.2006 fand die mündliche Verhandlung statt, in welcher insbesondere nochmals jene Tatsachen iS des Unmittelbarkeitsprinzips behandelt wurden, die im vorliegenden Bescheid als spruchtragend herangezogen wurden.

Insbesondere bestätigte Herr DI Oe\*\*\* auf Seite 15 der Niederschrift über diese Verhandlung, lfd Nr 77 des Akts durch einen Verweis auf das mail von Frau Schae\*\*\* vom 18.8.2006, dass im gewisse Funktionen des elektronischen Menüs der IVC - Gebläseeinheit am 16.8.2006 bei der Teststellung noch nicht funktionierten. Das Fehlen der menügesteuerten Umschaltung zwischen Über- und Unterdruckbetrieb war dabei bereits in Punkt

6.1.2 des Nachprüfungsantrags zugestanden worden, wo die Antragstellerin selbst auf eigenen Zeitdruck iZm der noch fehlenden Programmierung hinweist.

Herr DI Oe\*\*\* qualifizierte dabei die von der Antragstellerin, also dem von ihm (sonst) repräsentierten Unternehmen, angebotene IVC - Gebläseeinheit als Prototyp, was im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zur Vermeidung von Wiederholungen dort genauer dargestellt wird.

Auf Tatsachenebene und in Vorwegnahme der diesbezüglichen rechtlichen Beurteilung ist schlussendlich festzuhalten, dass Herr Dr Fu\*\*\* und Herr Dr Fr\*\*\* als erst- bzw zweitgereihter Beisitzer der Auftraggeberseite für den Verhandlungstermin am 30.11.2006 verhindert waren, so dass der Senat für die Verhandlung am 30.11.2006 und wegen des Unmittelbarkeitsprinzips damit auch für die Entscheidung über die Nachprüfungs- und Kostenersatzanträge mit dem erstgereihten Senatsvorsitzenden, dem erstgereihten Auftragnehmerbeisitzer und mit Frau Mag Maria Muntner als drittgereihter Beisitzerin der Auftraggeberseite gemäß den Bestimmungen der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts vom 1.2.2006 zusammen zu stellen war - siehe dazu insbesondere § 7 Abs 4 der genannten Geschäftsverteilung. Auf Tatsachenebene und in Vorwegnahme der diesbezüglichen rechtlichen Beurteilung ist schlussendlich festzuhalten, dass Herr Dr Fu\*\*\* und Herr Dr Fr\*\*\* als erst- bzw zweitgereihter Beisitzer der Auftraggeberseite für den Verhandlungstermin am 30.11.2006 verhindert waren, so dass der Senat für die Verhandlung am 30.11.2006 und wegen des Unmittelbarkeitsprinzips damit auch für die Entscheidung über die Nachprüfungs- und Kostenersatzanträge mit dem erstgereihten Senatsvorsitzenden, dem erstgereihten Auftragnehmerbeisitzer und mit Frau Mag Maria Muntner als drittgereihter Beisitzerin der Auftraggeberseite gemäß den Bestimmungen der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts vom 1.2.2006 zusammen zu stellen war - siehe dazu insbesondere Paragraph 7, Absatz 4, der genannten Geschäftsverteilung.

#### Beweiswürdigung

Der festgestellte spruchrelevante Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt des Verwaltungsakts, insbesondere aus den ausdrücklich bezogenen Aktenbestandteilen, Urkunden und Schriftsätzen. Betreffend die als spruchtragend herangezogenen Tatsachen bestand dabei letztendlich jedenfalls auf Tatsachenebene kein Streit mehr zwischen den Parteien.

Dass bei der Teststellung am 16.8.2006 das menügesteuerte Umschalten von Über- auf Unterdruckbetrieb (und umgekehrt) noch nicht möglich war, ergibt sich zB aus den eigenen Tatsachenbehauptungen der Antragstellerin in Punkt 6.1.2. des Nachprüfungsantrags, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts. Die am 16.8.2006 fehlende Möglichkeit eines menügesteuerten Einstellens der LWR je nach gerade mit Luft zu versorgender Käfiganzahl ergibt sich aus den Aussagen des DI Ra\*\*\* und des DI Oe\*\*\* in der Verhandlung am 30.11.2006, wobei die diesbezüglichen Zeugenaussagen jeweils vor dem Hintergrund der Zeugenaussagen dieser Personen in den Einvernahmen vom 24.11.2006 (DI Ra\*\*\*, lfd Nr 53 des Akts) und vom 27.11.2006 (DI Oe\*\*\*, lfd Nr 59 des Akts) zu sehen sind und die letztgenannten Niederschriften allen Parteien und auch den Senatsmitgliedern bereits vor dem 30.11.2006 als Beurteilungsgrundlage der Zeugenaussagen des DI Ra\*\*\* und des DI Oe\*\*\* am 30.11.2006 bekannt waren.

Wenn daher Herr DI Oe\*\*\* am 30.11.2006 in der Verhandlung - S 15 der lfd Nr 77 - betreffend die Frage, was beim bemusterten Gerät am 16.8.2006 noch nicht alles funktioniert hat, auf das e-mail der Frau Schae\*\*\* vom 18.8.2006 verweist, ist diese Aussage vor dem Hintergrund der Zeugenaussagen vom 24.11.2006 und 27.11.2006 nur dahin zu verstehen, dass am 16.8.2006 die Menüsteuerung der IVC - Gebläseeinheit noch nicht jenen Fertigstellungsgrad hatte, den offenbar eine nochmalig zu liefernde IVC - Gebläseeinheit nach Zuschlagserteilung aufweisen sollte.

Rechtliche Beurteilung:

Die Geschäftsanteile der Bundesimmobiliengesellschaft mbH gemäß dem Bundesimmobiliengesetz BGBl I 141/2000 idF BGBl I 144/2005 (- eigene Schreibweise der Auftraggeberin laut deren Briefpapier: Die Geschäftsanteile der Bundesimmobiliengesellschaft mbH gemäß dem Bundesimmobiliengesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, 141 aus 2000, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 144 aus 2005, (- eigene Schreibweise der Auftraggeberin laut deren Briefpapier:

Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. -) sind zu 100% im Eigentum des Bundes iS des § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 - § 2 Bundesimmobiliengesetz, wodurch die Geschäftsführung dieser Gesellschaft wegen der in § 5 Bundesimmobiliengesetz normierten subsidiären Anwendbarkeit des GmbHG gemäß § 20 GmbHG gegenüber dem Bund weisungsgebunden und somit jedenfalls dadurch gemäß § 3 Abs 1 Z 2 lit c) BVergG 2006 vom Bund beaufsichtigt ist. Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. -) sind zu 100% im Eigentum des Bundes iS des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 - Paragraph 2, Bundesimmobiliengesetz, wodurch die Geschäftsführung dieser Gesellschaft wegen der in Paragraph 5, Bundesimmobiliengesetz normierten subsidiären Anwendbarkeit des GmbHG gemäß Paragraph 20, GmbHG gegenüber dem Bund weisungsgebunden und somit jedenfalls dadurch gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c,) BVergG 2006 vom Bund beaufsichtigt ist.

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH ist als GmbH gemäß § 61 Abs 1 GmbHG iVm § 3 Abs 1 Z 2 lit b) BVergG 2006 rechtsfähig. Da die Bundesimmobiliengesellschaft mbH auf Basis ihres Unternehmensgegenstands gemäß § 2 Bundesimmobiliengesetz Raum für Bundeszwecke zur Verfügung zu stellen hat, wodurch der Bund seinen Raumbedarf zur Erfüllung seiner sonstigen Staatsaufgaben decken kann, ist diese Gesellschaft als - iS des § 3 Abs 1 Z 2 lit a) BVergG 2006 - zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art gegründet anzusehen; und damit öffentliche Auftraggeberin. Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH ist als GmbH gemäß Paragraph 61, Absatz eins, GmbHG in Verbindung mit Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b,) BVergG 2006 rechtsfähig. Da die Bundesimmobiliengesellschaft mbH auf Basis ihres Unternehmensgegenstands gemäß Paragraph 2, Bundesimmobiliengesetz Raum für Bundeszwecke zur Verfügung zu stellen hat, wodurch der Bund seinen Raumbedarf zur Erfüllung seiner sonstigen Staatsaufgaben decken kann, ist diese Gesellschaft als - iS des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a,) BVergG 2006 - zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art gegründet anzusehen; und damit öffentliche Auftraggeberin.

Auf Grund der dargestellten 100%-igen Bundesbeteiligung unterliegt diese öffentliche Auftraggeberin gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit c) B-VG iVm § 291 Abs 2 BVergG 2006 der Vergabekontrollkompetenz des Bundesvergabeamts. Auf Grund der dargestellten 100%-igen Bundesbeteiligung unterliegt diese öffentliche Auftraggeberin gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c,) B-VG in Verbindung mit Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 der Vergabekontrollkompetenz des Bundesvergabeamts.

Mangels festgestellter Tatsachen, die zur Anwendbarkeit anderer Bestimmungen über die Frist zur Stellung von Nachprüfungsanträgen führen hätten können, ist die Nachprüfungsantragsfrist bezüglich der gegenständlich angefochtenen Zuschlagsentscheidung aus § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 zu bestimmen. Der diesbezüglich am 25.10.2006 gegen die Zuschlagsentscheidung vom 11.10.2006 eingebrachte Nachprüfungsantrag erscheint daher iS der §§ 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 rechtzeitig, zumal bei einer losweisen Vergabe eines Bauauftrags unter Anwendung der Bestimmungen für den Oberschwellenbereich bei den Regelungen über die Nachprüfungsantragsfrist eine der Gebührenregelung des § 318 Abs 2 BVergG 2006 vergleichbare Regelung nicht besteht, die Behauptungen der Antragstellerin betreffend eine Oberschwellenbereichsvergabe nicht bestritten wurden, die Auftraggeberin in Punkt der "Angebotsbestimmungen" selbst von einer Vergabe im Oberschwellenbereich spricht und dazu korrespondierend am 11.10.2006 bei der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung eine Stillhaltefrist von 14 Tagen festgelegt hat, wobei die zu beschaffenden Tierhaltungssysteme Teil des zu errichtenden Zentrums für molekulare Biowissenschaften der Universität Graz sind. Mangels festgestellter Tatsachen, die zur Anwendbarkeit anderer Bestimmungen über die Frist zur Stellung von Nachprüfungsanträgen führen hätten können, ist die Nachprüfungsantragsfrist bezüglich der gegenständlich angefochtenen Zuschlagsentscheidung aus Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 zu bestimmen. Der diesbezüglich am 25.10.2006 gegen die Zuschlagsentscheidung vom 11.10.2006 eingebrachte Nachprüfungsantrag erscheint daher iS der Paragraphen 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 rechtzeitig, zumal bei einer losweisen Vergabe eines Bauauftrags unter Anwendung der Bestimmungen für den Oberschwellenbereich bei den Regelungen über die Nachprüfungsantragsfrist eine der Gebührenregelung des Paragraph 318, Absatz 2, BVergG 2006 vergleichbare Regelung nicht besteht, die Behauptungen der Antragstellerin betreffend eine

Oberschwellenbereichsvergabe nicht bestritten wurden, die Auftraggeberin in Punkt der "Angebotsbestimmungen" selbst von einer Vergabe im Oberschwellenbereich spricht und dazu korrespondierend am 11.10.2006 bei der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung eine Stillhaltefrist von 14 Tagen festgelegt hat, wobei die zu beschaffenden Tierhaltungssysteme Teil des zu errichtenden Zentrums für molekulare Biowissenschaften der Universität Graz sind.

Da die im Nachprüfungsantrag gleichfalls angefochtene Ausscheidensentscheidung von der Auftraggeberin gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung am 11.10.2006 bekannt gegeben wurde, ist der Nachprüfungsantrag, soweit er sich gegen die Ausscheidensentscheidung richtet, gemäß § 320 Abs 2 BVergG 2006 unter Hinweis auf die Fristenbeurteilung betreffend die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung ebenso als rechtzeitig zu beurteilen. Da die im Nachprüfungsantrag gleichfalls angefochtene Ausscheidensentscheidung von der Auftraggeberin gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung am 11.10.2006 bekannt gegeben wurde, ist der Nachprüfungsantrag, soweit er sich gegen die Ausscheidensentscheidung richtet, gemäß Paragraph 320, Absatz 2, BVergG 2006 unter Hinweis auf die Fristenbeurteilung betreffend die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung ebenso als rechtzeitig zu beurteilen.

Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in Höhe von EUR 5.000,-- an das Bundesvergabeamt überwiesen, womit die nach Auffassung des erkennenden Senats die für die beiden gestellten Nichtigerklärungsbegehren und für den Sicherungsantrag gemäß § 318 BVergG gegenüber dem Bund geschuldeten Pauschalgebühren unter Berücksichtigung der jüngsten Rspr des VfGH (Erk v 11.10.2006, G 124/06, V 44/06 - 6) in verfassungskonformer Interpretation des § 318 BVergG 2006 als entrichtet anzusehen sind - Buchungsbeleg lfd Nr 15 des Akts. Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in Höhe von EUR 5.000,-- an das Bundesvergabeamt überwiesen, womit die nach Auffassung des erkennenden Senats die für die beiden gestellten Nichtigerklärungsbegehren und für den Sicherungsantrag gemäß Paragraph 318, BVergG gegenüber dem Bund geschuldeten Pauschalgebühren unter Berücksichtigung der jüngsten Rspr des VfGH (Erk v 11.10.2006, G 124/06, römisch fünf 44/06 - 6) in verfassungskonformer Interpretation des Paragraph 318, BVergG 2006 als entrichtet anzusehen sind - Buchungsbeleg lfd Nr 15 des Akts.

Die Ausschreibung iS des § 2 Z 10 BVergG 2006 blieb innerhalb der dafür vorgesehenen Frist gemäß § 321 Abs 2 BVergG 2006 in ihren sämtlichen Bestandteilen unbekämpft, so dass insbesondere neben der Festlegung einer Oberschwellenbereichsvergabe auch die Festlegungen der Anforderungen an die zu liefernden Tierhaltesysteme sowie die Festlegungen betreffend die Pflicht zur Bemusterung diverser Bestandteile der zu liefernden Tierhaltesysteme im Rahmen einer Teststellung präkludierten und daher bestandfeste Grundlage der auf der Ausschreibung aufbauenden Entscheidungen der Auftraggeberin geworden sind. Die Ausschreibung iS des Paragraph 2, Ziffer 10, BVergG 2006 blieb innerhalb der dafür vorgesehenen Frist gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 in ihren sämtlichen Bestandteilen unbekämpft, so dass insbesondere neben der Festlegung einer Oberschwellenbereichsvergabe auch die Festlegungen der Anforderungen an die zu liefernden Tierhaltesysteme sowie die Festlegungen betreffend die Pflicht zur Bemusterung diverser Bestandteile der zu liefernden Tierhaltesysteme im Rahmen einer Teststellung präkludierten und daher bestandfeste Grundlage der auf der Ausschreibung aufbauenden Entscheidungen der Auftraggeberin geworden sind.

Betreffend die in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung vom 11.10.2006 für den Zuschlag ausgewählte T\*\*\* ist festzuhalten, dass diese Bieterin am 25.10.2006 vom Nachprüfungsantrag verständigt wurde und am 8.11.2006 innerhalb der 14 - Tagesfrist gemäß § 324 Abs 3 BVergG 2006 unvertreten einen Schriftsatz einbrachte, in welchem sie dem Standpunkt der Antragstellerin überwiegend entgegen trat. Betreffend die in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung vom 11.10.2006 für den Zuschlag ausgewählte T\*\*\* ist festzuhalten, dass diese Bieterin am 25.10.2006 vom Nachprüfungsantrag verständigt wurde und am 8.11.2006 innerhalb der 14 - Tagesfrist gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 unvertreten einen Schriftsatz einbrachte, in welchem sie dem Standpunkt der Antragstellerin überwiegend entgegen trat.

Damit sind die Anforderungen an begründete Einwendungen iS des § 324 Abs 3 BVergG 2006 als erfüllt anzusehen und wahrte diese Bieterin mit dieser Eingabe (unstrittig) ihre Parteistellung in den Nichtigerklärungsverfahren betreffend die von der Antragstellerin bekämpfte Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung vom 11.10.2006. Damit sind die Anforderungen an begründete Einwendungen iS des Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 als erfüllt anzusehen und wahrte diese Bieterin mit dieser Eingabe (unstrittig) ihre Parteistellung in den Nichtigerklärungsverfahren betreffend die von der Antragstellerin bekämpfte Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung vom 11.10.2006.

Dass diese Bieterin von der Auftraggeberin in der Zuschlagsentscheidung als T1\*\*\* bezeichnet wurde, war für keinen Verfahrensbeteiligten als relevanter Mangel zu bewerten und bestand im Verfahren kein Streit über die Identität der in der Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag ausgewählten Bieterin.

Zur Begründung der Abweisung des gegen das Ausscheiden der Antragstellerin gerichteten Nichtigerklärungsantrags ist vorerst der Streitgegenstand eines Nachprüfungsverfahrens zu klären, bei dem eine Bieterin wie die hier gegenständliche Antragstellerin ihr eigenes Ausscheiden bekämpft und zusätzlich mit einem zweiten Nichtigerklärungsbegehren gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 gegen die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten einer Konkurrentin vorgeht. Nachprüfungsanträge sind ausweislich des § 322 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 - wie bereits im System des BVergG 2002 - ausschließlich gegen Auftraggeberentscheidungen zulässig, die vom Gesetz her als gesondert anfechtbar definiert werden. Zur Begründung der Abweisung des gegen das Ausscheiden der Antragstellerin gerichteten Nichtigerklärungsantrags ist vorerst der Streitgegenstand eines Nachprüfungsverfahrens zu klären, bei dem eine Bieterin wie die hier gegenständliche Antragstellerin ihr eigenes Ausscheiden bekämpft und zusätzlich mit einem zweiten Nichtigerklärungsbegehren gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 gegen die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten einer Konkurrentin vorgeht. Nachprüfungsanträge sind ausweislich des Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 - wie bereits im System des BVergG 2002 - ausschließlich gegen Auftraggeberentscheidungen zulässig, die vom Gesetz her als gesondert anfechtbar definiert werden.

In einem offenen Vergabeverfahren bei Bauaufträgen im Oberschwellenbereich - wie vorliegend - ist dies neben der Zuschlagsentscheidung jedenfalls auch das Ausscheiden eines Angebots - § 2 Z 16 lit a) sublit aa) BVergG 2006. In einem offenen Vergabeverfahren bei Bauaufträgen im Oberschwellenbereich - wie vorliegend - ist dies neben der Zuschlagsentscheidung jedenfalls auch das Ausscheiden eines Angebots - Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) Sub-Litera, a,) BVergG 2006.

Das BVergG 2006 ordnet aber an keiner Stelle an, dass die Gründe, die ein (öffentlicher) Auftraggeber zur Begründung des Ausscheidens herangezogen hat, alleinige Grundlage der Beurteilung dafür wären, ob die Ausscheidensentscheidung zu kassieren ist; oder ob die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens auch an Hand sonstiger, während des Nachprüfungsverfahrens bekannt werdender Tatsachen beurteilt werden darf.

Da das BVergG 2006 in den §§ 312 Abs 2 Z 2 und 325 Abs 1 Z 1 die Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen mitunter davon abhängig macht, dass ein Unternehmer durch eine Auftraggeberentscheidung in seinen vergaberechtlich eingeräumten subjektiven Rechten verletzt wird, ist der Streitgegenstand weiters durch diese subjektiven Rechte, sprich: die Beschwerdepunkte gemäß § 322 Abs 1 Z 5 BVergG 2006, beschränkt. Im Rahmen dieser Beschränkungen durch das jeweilige Nichtigerklärungsbegehren und die von der gegenständlichen Antragstellerin bezeichneten subjektiven Rechte ist vom Bundesvergabeamt das von diesem gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG iVm § 291 Abs 2 BVergG 2006 zu vollziehende Recht von Amts wegen anzuwenden und sind dabei die rechtserheblichen Tatsachen gemäß dem über Art II Abs 2 Z 40a EGVG subsidiär anwendbaren AVG amtswegig zu ermitteln. Da das BVergG 2006 in den Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer 2 und 325 Absatz eins, Ziffer eins, die Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen mitunter davon abhängig macht, dass ein Unternehmer durch eine Auftraggeberentscheidung in seinen vergaberechtlich eingeräumten subjektiven Rechten verletzt wird, ist der Streitgegenstand weiters durch diese subjektiven Rechte, sprich: die Beschwerdepunkte gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006, beschränkt. Im Rahmen dieser Beschränkungen durch das jeweilige Nichtigerklärungsbegehren und die von der gegenständlichen Antragstellerin bezeichneten subjektiven Rechte ist vom Bundesvergabeamt das von diesem gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 zu vollziehende Recht von Amts wegen anzuwenden und sind dabei die rechtserheblichen Tatsachen gemäß dem über Artikel römisch zwei, Absatz 2, Ziffer 40 a, EGVG subsidiär anwendbaren AVG amtswegig zu ermitteln.

Dabei ist das Bundesvergabeamt wiederum an den in § 39 Abs 2 und 3 AVG positivierten Grundsatz der Verfahrensökonomie gebunden, wobei bei Anwendung des Amtswegigkeitsgrundsatzes (§§ 37 und 39 Abs 3 AVG) innerhalb der Beschwerdepunktbegrenzung und der vorgetragenen Nichtigerklärungsbegehren der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Zweck des Nachprüfungsverfahrens iS der RL 89/665/EWG nicht überschritten werden darf, dass die Entscheidungen eines Auftraggebers im Vergabeverfahren nachgeprüft werden, ohne dass dabei die Nachprüfungsbehörde quasi als "Oberauftraggeber" (allenfalls umfangreiche) eigene Angebotsprüfungsschritte setzt, die der Auftraggeber trotz diesbezüglicher vergaberechtlicher Verpflichtung nicht gesetzt hat. Dabei ist das

Bundesvergabeamt wiederum an den in Paragraph 39, Absatz 2 und 3 AVG positivierten Grundsatz der Verfahrensökonomie gebunden, wobei bei Anwendung des Amtswegigkeitsgrundsatzes (Paragraphen 37 und 39 Absatz 3, AVG) innerhalb der Beschwerdepunktbegrenzung und der vorgetragenen Nichtigerklärungsbegehren der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Zweck des Nachprüfungsverfahrens iS der RL 89/665/EWG nicht überschritten werden darf, dass die Entscheidungen eines Auftraggebers im Vergabeverfahren nachgeprüft werden, ohne dass dabei die Nachprüfungsbehörde quasi als "Oberauftraggeber" (allenfalls umfangreiche) eigene Angebotsprüfungsschritte setzt, die der Auftraggeber trotz diesbezüglicher vergaberechtlicher Verpflichtung nicht gesetzt hat.

Dies bedeutet für den gegenständlichen Fall, dass das Bundesvergabeamt keinesfalls an Stelle der gegenständlichen Auftraggeberin Ausscheidensgründe zu suchen hätte, die die Auftraggeberin gegenüber der Antragstellerin nicht herangezogen hat.

Andererseits hat das Bundesvergabeamt aber auch das durch die Rspr des VwGH (Erk v 1.3.2005, 2003/04/0199) abgesicherte, für die Parteistellung gemäß § 8 AVG vorausgesetzte subjektive Recht (gegenständlich) der T\*\*\* zu wahren, dass die zu Gunsten dieser Bieterin am 11.10.2006 ergangene Zuschlagsentscheidung nicht ohne Vorliegen der dafür notwendigen Voraussetzungen aufgehoben wird, wobei die T\*\*\* an den vorliegenden Verfahren über die Anträge auf Nichtigerklärung des Ausscheidens und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung kraft fristgerechter Einwendungen gemäß § 324 Abs 3 BVergG 2006 (weiterhin) als Partei teilnimmt und daher ihre Rechte auch mit einer VfGH - bzw VwGH - Beschwerde verteidigen könnte. Andererseits hat das Bundesvergabeamt aber auch das durch die Rspr des VwGH (Erk v 1.3.2005, 2003/04/0199) abgesicherte, für die Parteistellung gemäß Paragraph 8, AVG vorausgesetzte subjektive Recht (gegenständlich) der T\*\*\* zu wahren, dass die zu Gunsten dieser Bieterin am 11.10.2006 ergangene Zuschlagsentscheidung nicht ohne Vorliegen der dafür notwendigen Voraussetzungen aufgehoben wird, wobei die T\*\*\* an den vorliegenden Verfahren über die Anträge auf Nichtigerklärung des Ausscheidens und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung kraft fristgerechter Einwendungen gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 (weiterhin) als Partei teilnimmt und daher ihre Rechte auch mit einer VfGH - bzw VwGH - Beschwerde verteidigen könnte.

Es kann nämlich gleichfalls nicht Zweck eines iS des Art 6 Abs 1 MRK fairen Verfahrens über civil rights - wie dies Vergaberechtsstreitigkeiten eben sind - sein, dass eine Ausscheidens- und damit in weiterer Folge auch Zuschlagsentscheidung bei bereits bekannten (gewordenen) Tatsachen vorerst aus dem Rechtsbestand beseitigt wird, wenn die gegenständliche Auftraggeberin im Rahmen des BVergG 2006 und ihrer sonst vorhandenen Privatautonomie nach einem ersten Verfahrensgang in einem weiteren Schritt genau den bereits zuvor amtswegig erkannten Ausscheidensgrund gegenüber der Antragstellerin heranzuziehen hätte und danach unter Berücksichtigung v VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094 mit entsprechenden Zeitverzögerungen die gleiche Zuschlagsentscheidung nochmals treffen könnte, ohne dass dies seitens der dann neuerlich ausgeschiedenen Bieterin erfolgreich bekämpft werden könnte. Derartiges würde lediglich zu einer unsachlichen Verzögerung des Vergabeverfahrens führen. Es kann nämlich gleichfalls nicht Zweck eines iS des Artikel 6, Absatz eins, MRK fairen Verfahrens über civil rights - wie dies Vergaberechtsstreitigkeiten eben sind - sein, dass eine Ausscheidens- und damit in weiterer Folge auch Zuschlagsentscheidung bei bereits bekannten (gewordenen) Tatsachen vorerst aus dem Rechtsbestand beseitigt wird, wenn die gegenständliche Auftraggeberin im Rahmen des BVergG 2006 und ihrer sonst vorhandenen Privatautonomie nach einem ersten Verfahrensgang in einem weiteren Schritt genau den bereits zuvor amtswegig erkannten Ausscheidensgrund gegenüber der Antragstellerin heranzuziehen hätte und danach unter Berücksichtigung v VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094 mit entsprechenden Zeitverzögerungen die gleiche Zuschlagsentscheidung nochmals treffen könnte, ohne dass dies seitens der dann neuerlich ausgeschiedenen Bieterin erfolgreich bekämpft werden könnte. Derartiges würde lediglich zu einer unsachlichen Verzögerung des Vergabeverfahrens führen.

Unter Beachtung des Vorstehenden kommt daher der erkennende Senat des Bundesvergabeamts zum Ergebnis, dass er jedenfalls solche im Laufe des Ermittlungsverfahrens bekannt gewordene Tatsachen, die seines Erachtens einen zwingenden Ausscheidensgrund betreffend das Angebot der Antragstellerin darstellen, nicht unbeachtet lassen darf, sofern eben für derartige andere Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin nicht eine Sachverständigenbestellung notwendig würde - § 122 BVergG 2006; § 52 Abs 1 AVG, BVA 25.8.2006, N-8/98-16. Unter Beachtung des Vorstehenden kommt daher der erkennende Senat des Bundesvergabeamts zum Ergebnis, dass er jedenfalls solche im Laufe des Ermittlungsverfahrens bekannt gewordene Tatsachen, die seines Erachtens einen zwingenden Ausscheidensgrund betreffend das Angebot der Antragstellerin darstellen, nicht unbeachtet lassen darf,

sofern eben für derartige andere Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin nicht eine Sachverständigenbestellung notwendig würde - Paragraph 122, BVergG 2006; Paragraph 52, Absatz eins, AVG, BVA 25.8.2006, N-8/98-16.

Damit können auch erst im Nachprüfungsverfahrens betreffend die angefochtene Ausscheidensentscheidung bei der Prüfung der seitens der Auftraggeberin gemäß § 129 Abs 3 BVergG 2006 ausdrücklich herangezogenen Ausscheidensgründe Damit können auch erst im Nachprüfungsverfahrens betreffend die angefochtene Ausscheidensentscheidung bei der Prüfung der seitens der Auftraggeberin gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006 ausdrücklich herangezogenen Ausscheidensgründe

zu Tage getretene zusätzliche Tatsachen, die einen zwingenden Ausscheidensgrund betreffend das Angebot der Antragstellerin darstellen, dazu führen, dass ein Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens abzuweisen ist. Vorausgesetzt, das Bundesvergabeamt hat in einem solchen Fall nicht selbst erstmals einen Sachverständigen gemäß § 52 Abs 1 AVG beiziehen, um das Angebot insoweit erstmals sachverständig zu prüfen, womit die Auftraggeberin dann ihre eigene Angebotsprüfung ergebnisrelevant vergaberechtswidrig noch nicht abgeschlossen hätte. zu Tage getretene zusätzliche Tatsachen, die einen zwingenden Ausscheidensgrund betreffend das Angebot der Antragstellerin darstellen, dazu führen, dass ein Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens abzuweisen ist. Vorausgesetzt, das Bundesvergabeamt hat in einem solchen Fall nicht selbst erstmals einen Sachverständigen gemäß Paragraph 52, Absatz eins, AVG beiziehen, um das Angebot insoweit erstmals sachverständig zu prüfen, womit die Auftraggeberin dann ihre eigene Angebotsprüfung ergebnisrelevant vergaberechtswidrig noch nicht abgeschlossen hätte.

Im Fall des amtswegig im Ermittlungsverfahren erkannten, is des § 129 Abs 1 BVergG 2006 zwingenden Ausscheidensgrunds ist nämlich eine allfällige Rechtswidrigkeit der von der Auftraggeberin selbst herangezogenen Ausscheidensgründe nicht mehr von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, was aber gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 Voraussetzung für die Nichtigerklärung einer rechtswidrigen Auftraggeberentscheidung ist. Im Fall des amtswegig im Ermittlungsverfahren erkannten, is des Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 2006 zwingenden Ausscheidensgrunds ist nämlich eine allfällige Rechtswidrigkeit der von der Auftraggeberin selbst herangezogenen Ausscheidensgründe nicht mehr von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, was aber gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 Voraussetzung für die Nichtigerklärung einer rechtswidrigen Auftraggeberentscheidung ist.

Diesen Gedanken fortsetzend führt dann insbesondere der vom Bundesvergabeamt anzuwendende § 39 Abs 2 und 3 AVG mit dem Gebot, nur den rechtserheblichen Sachverhalt möglichst rasch und sparsam zu ermitteln, dazu, dass ab dem amtswegigen Erkennen der Tatsachen, die einen zwingenden Ausscheidensgrund darstellen, weitere Ermittlungen betreffend andere, auf Tatsachenebene noch strittige Ausscheidensgründe zu unterbleiben haben. Diesen Gedanken fortsetzend führt dann insbesondere der vom Bundesvergabeamt anzuwendende Paragraph 39, Absatz 2 und 3 AVG mit dem Gebot, nur den rechtserheblichen Sachverhalt möglichst rasch und sparsam zu ermitteln, dazu, dass ab dem amtswegigen Erkennen der Tatsachen, die einen zwingenden Ausscheidensgrund darstellen, weitere Ermittlungen betreffend andere, auf Tatsachenebene noch strittige Ausscheidensgründe zu unterbleiben haben.

In verfahrensrechtlicher Sicht ist dabei an dieser Stelle noch anzumerken, dass nach der hM zum AVG das rechtliche Gehör zu Tatsachen, sprich den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens zu wahren ist, dass aber die Behörde nicht gehalten ist, den Parteien vorab mitzuteilen wie sie zu entscheiden gedenkt - VwGH 12.12.2001, 2001/03/0044. Ebenso wenig brauchen einer Partei (umfangreich) Angaben und Beweise vorgehalten werden, die die Partei selbst vor- bzw beigebracht hat - VwGH 26.4.2001, 98/16/0265.

Dies alles voraussetzend ist nunmehr festzuhalten, dass im LV der streitgegenständlichen Ausschreibung in den Technischen Vorbemerkungen als grundlegende Anforderung an das zu liefernde IVC - Tierhaltungssystem festgeschrieben ist, dass erprobte Lösungen einzusetzen sind.

Ausschreibungsunterlagen sind dabei gemäß VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144 nach ihrem objektivem Erklärungswert auszulegen, wobei das Verständnis eines durchschnittlich fachkundigen Bieters anzulegen ist - VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078 unter Hinweis auf EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00 Siac und EuGH 4.12.2003, Rs C448/01 EVN Wienstrom.

Der (laut eigenen Angaben) Geschäftsführer der Antragstellerin, Herr DI Oe\*\*\*, hat am 30.11.2006 in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass die zu liefern geplante Gebläseeinheit ein Prototyp wäre.

Ein Prototyp ist nach Duden, Deutsches Universalwörterbuch<sup>5</sup> [in der Technik] eine [vor der Serienproduktion] zur Erprobung und Weiterentwicklung bestimmte erste Ausführung ua einer Maschine. Der VwGH hat in Bestätigung des Bescheids des BVA v 5.11.2003, 08N-94/03-192 im Erk v 1.3.2005, 2003/04/0199 sinngemäß und vergleichbar ausgesprochen, dass Testsysteme noch nicht im Routinebetrieb verwendet wurden, wenn dieselben nicht in der täglichen praktischen Testanwendung (dort der Untersuchung von Gewebeproben zum Nachweis von TSE - Erregern) verwendet wurden, sondern nur an Hand von Vergleichstestungen im Testzulassungsverfahren [des hinsichtlich des Routinebetriebserfordernisses strittigen Tests] herangezogen wurden.

Der Duden, Das Synonymwörterbuch<sup>3</sup> versteht dabei unter "routiniert" wiederum etwas, was erprobt und bewährt ist.

Ausgehend von diesem Erkenntnis des VwGH v 1.3.2005 ist nunmehr zum allgemeinen Verständnis des Wortes "erprobt" weiters auf den Duden, Das Synonymwörterbuch<sup>3</sup> hinzuweisen, wonach mit diesem Begriff etwas zu verstehen ist, was anerkannt, bekannt, bewährt und eingeführt bzw gängig ist.

Wenn nunmehr die von der Antragstellerin zu liefern geplante IVC - Gebläseeinheit VE\*\*\* mit einer Steuerungseinheit VE\*\*\* II versehen sein sollte und diese IVC - Gebläseeinheit nach den eigenen Angaben des Geschäftsführers der (juristisch wohl: der Komplementärin der) Antragstellerin einen Prototyp darstellt, ist damit durch die bloße Auslegung der Ausschreibung widerlegt, dass die Antragstellerin eine erprobte Lösung angeboten hat. Wenn nunmehr die von der Antragstellerin zu liefern geplante IVC - Gebläseeinheit VE\*\*\* mit einer Steuerungseinheit VE\*\*\* römisch zwei versehen sein sollte und diese IVC - Gebläseeinheit nach den eigenen Angaben des Geschäftsführers der (juristisch wohl: der Komplementärin der) Antragstellerin einen Prototyp darstellt, ist damit durch die bloße Auslegung der Ausschreibung widerlegt, dass die Antragstellerin eine erprobte Lösung angeboten hat.

An dieser Stelle ist zur Dokumentation der Relevanz des Einbaus der Steuerungseinheit VE\*\*\* II" in die IVC - Gebläseeinheit VE\*\*\* (laut Bezeichnung in der Bieterlücke des LV (VE\*\*\* Klimateinheit) daran zu erinnern, dass nach der unbestritten gebliebenen Aussage des DI Ra\*\*\* in der Verhandlung am 30.11.2006 die Steuerungseinheit die bestimmungsgemäße Funktion einer Gebläseeinheit gewährleistet, so dass die Steuerungseinheit eben keine marginale Nebensächlichkeit einer IVC - Gebläseeinheit darstellt, sondern für die angestrebte Luftversorgung der Tiere in den Käfigen (mit-) verantwortlich ist.

Die von der Antragstellerin nach den eigenen Angaben angebotene Gebläseeinheit erfüllt sohin nach deren eigenen Angaben betreffend die Lieferung eines Prototypen nicht die grundsätzliche Anforderung an die zu liefernde Ausrüstung gemäß Punkt 1.4) der technischen Vorbemerkungen der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung, dass erprobte Lösungen einzusetzen sind.

Dem Bundesvergabeamt ist diese Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der Antragstellerin amtswegig gelegentlich des durchgeführten Ermittlungsverfahrens aufgefallen, wobei Herr DI Oe\*\*\* als Zeuge aus der Sphäre der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 30.11.2006 die angebotene Gebläseeinheit als Prototyp bezeichnet hat und dabei betont hat, dass das bei der Antragstellerin am 16.8.2006 bemusterte Gerät aus erprobten Komponenten zusammengesetzt gewesen sein soll; dass jedoch die Steuerungseinheit VE\*\*\* II in der im LV geforderten Form zuvor bei Tierhaltungssystemen noch nicht eingesetzt gewesen ist (Seite 11 der Niederschrift über die Verhandlung vom 30.11.2006, lfd Nr 77). Dem Bundesvergabeamt ist diese Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der Antragstellerin amtswegig gelegentlich des durchgeführten Ermittlungsverfahrens aufgefallen, wobei Herr DI Oe\*\*\* als Zeuge aus der Sphäre der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 30.11.2006 die angebotene Gebläseeinheit als Prototyp bezeichnet hat und dabei betont hat, dass das bei der Antragstellerin am 16.8.2006 bemusterte Gerät aus erprobten Komponenten zusammengesetzt gewesen sein soll; dass jedoch die Steuerungseinheit VE\*\*\* römisch zwei in der im LV geforderten Form zuvor bei Tierhaltungssystemen noch nicht eingesetzt gewesen ist (Seite 11 der Niederschrift über die Verhandlung vom 30.11.2006, lfd Nr 77).

War die Steuerungseinheit der Gebläseeinheit noch nicht in der im LV geforderten Form bei einer Gebläseeinheit eingesetzt, die laut den Sachverhaltsfeststellungen ihrerseits die LWR sowie den Über- und Unterdruckbetrieb in den Tierversuchskäfigen gewährleisten muss, ist die angebotene IVC - Gebläseeinheit keine gängige, bereits bewährte, anerkannte und damit entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch erprobte Lösung.

Ein Prototyp ist eben keine erprobte Lösung.

Dieser Ausscheidensgrund ergibt sich aus der Auslegung der Ausschreibung in Zusammenschau mit den eigenen Tatsachenangaben des Herrn DI Oe\*\*\*, ohne dass das Bundesvergabeamt diesen Ausscheidensgrund erst durch umfangreiche Ermittlungen zB unter Heranziehung eines Sachverständigen suchen hätte müssen.

Bei diesem Verfahrensstand ist es daher auch nicht mehr notwendig, einen Sachverständigen der Regel- oder Steuerungstechnik oder aus dem Fachgebiet des Maschinenbaus beizuziehen oder sich mit der Frage auseinander zu setzen, ob durch die einvernehmliche Rücknahme des am 16.8.2006 bemusterten Geräts die Angebotsprüfung der Auftraggeberin überhaupt noch nachvollziehbar ist. Der erkannte Ausscheidensgrund ergibt sich vielmehr aus der Antragstellerin selbst zurechenbaren Tatsachenangaben in Verbindung mit dem Text der Ausschreibung, ohne dass dafür das konkret zur Bemusterung vorgeführte Gerät noch bei der Auftraggeberin und in weiterer Folge zur Nachprüfung beim Bundesvergabeamt noch vorhanden sein müsste.

Im Sinne der vorstehenden Ausführungen war dieser Grund, der gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 ein Ausscheiden der Antragstellerin zwingend vorgibt, amtswegig aufzugreifen, um zu vermeiden, dass weitergehender Verfahrensaufwand verursacht wird, der das Ergebnis der Ausscheidensnotwendigkeit der Antragstellerin nicht ändern würde - § 39 Abs 2 letzter Satz AVG. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen war dieser Grund, der gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ein Ausscheiden der Antragstellerin zwingend vorgibt, amtswegig aufzugreifen, um zu vermeiden, dass weitergehender Verfahrensaufwand verursacht wird, der das Ergebnis der Ausscheidensnotwendigkeit der Antragstellerin nicht ändern würde - Paragraph 39, Absatz 2, letzter Satz AVG.

Die Antragstellerin wurde zu dieser Frage jedenfalls ausreichend gehört, zumal sich der Ausscheidensgrund aus den von ihr selbst gemachten bzw aus ihr zurechenbaren Tatsachenangaben ergibt und ihr die Ausschreibungsunterlage in der relevanten Passage spätestens seit dem Vorhalt in der mündlichen Verhandlung am 30.11.2006 an Herrn DI Oe\*\*\* bekannt ist. Die Antragstellerin hat zudem die für diesen Ausscheidensgrund relevanten Tatsachen selbst erkannt und diesbezüglich bis 4.12.2006 einen entsprechenden Schriftsatz zur Darlegung ihrer eigenen Rechtsposition erstattet - lfd Nr 83 des Verwaltungsakts.

Diesbezüglich ist ergänzend daran zu erinnern, dass die Ausschreibung insbesondere auch seitens der Antragstellerin unangefochten geblieben ist. Allfällige Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung dürfen daher vom Bundesvergabeamt (grundsätzlich) nicht mehr aufgegriffen werden - VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135, da ansonsten das System der Fristgebundenheit der Anfechtung von Auftraggeberentscheidungen sinnentleert würde.

Wenn daher die Antragstellerin in ihrer Eingabe vom 4.12.2006 ausführt, dass man bei einer Verneinung der Qualifikation des Systems der Antragstellerin als erprobte Lösung verbotene typenspezifische Ausschreibungen verlangen würde, verkennt die Antragstellerin dabei, dass das Bundesvergabeamt einerseits eben grundsätzlich an eine präkludierte Ausschreibung gebunden ist - VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135 - und andererseits die Frage, ob ein Angebot in einem wie hier gegenständlichen offenen Vergabeverfahren auszuschneiden ist, eben an Hand der präkludierten Ausschreibung zu beurteilen ist - §§ 123 Abs 1 und 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006. Wenn daher die Antragstellerin in ihrer Eingabe vom 4.12.2006 ausführt, dass man bei einer Verneinung der Qualifikation des Systems der Antragstellerin als erprobte Lösung verbotene typenspezifische Ausschreibungen verlangen würde, verkennt die Antragstellerin dabei, dass das Bundesvergabeamt einerseits eben grundsätzlich an eine präkludierte Ausschreibung gebunden ist - VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135 - und andererseits die Frage, ob ein Angebot in einem wie hier gegenständlichen offenen Vergabeverfahren auszuschneiden ist, eben an Hand der präkludierten Ausschreibung zu beurteilen ist - Paragraphen 123, Absatz eins und 129 Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006.

Mit diesem Grundprinzip, dass Angebote in einem offenen Vergabeverfahren an Hand der Ausschreibung auf deren Ausschreibungskonformität zu prüfen sind, wird sichergestellt, dass für alle Angebote der gleiche Beurteilungsmaßstab heranzuziehen ist, wenn zusätzlich eine Auslegung der Ausschreibung nach dem objektiven Erklärungswert derselben stattfindet, wobei allerdings nicht übersehen werden darf, dass ein zu Recht ausgeschiedener Bieter durch eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines anderen Bieters nicht in seinen subjektiven Rechten verletzt sein kann - VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094 und daher betreffend eine einen Mitbewerber begünstigende Zuschlagsentscheidung keinen erfolgreichen Nachprüfungsantrag einbringen kann.

Diesbezüglich ist ergänzend festzuhalten, dass die Antragstellerin die bestimmte Bezeichnung der verletzten Rechte im Nachprüfungsantrag nach Auffassung des erkennenden Senats des Bundesvergabeamts mit der Bezeichnung des Rechts auf "Nicht - Ausscheiden ihres Angebotes" und der weiteren Bezeichnung des Rechts auf "Einbeziehung ihres

Angebotes in die Bestbieterermittlung" gemäß § 322 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 am 25.10.2006 entsprechend vorgenommen hat, dass diese Rechtsbezeichnungen jedoch auch keinen Anlass dazu gaben, die zitierte höchstgerichtliche Judikatur in Frage zu stellen (siehe zur Beschwerdepunktbezeichnung (bereits) im Nachprüfungsantrag zB BVA 22.3.2006, 08N-90/05-69 unter Hinweis auf Oberndorfer, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 108). Diesbezüglich ist ergänzend festzuhalten, dass die Antragstellerin die bestimmte Bezeichnung der verletzten Rechte im Nachprüfungsantrag nach Auffassung des erkennenden Senats des Bundesvergabeamts mit der Bezeichnung des Rechts auf "Nicht - Ausscheiden ihres Angebotes" und der weiteren Bezeichnung des Rechts auf "Einbeziehung ihres Angebotes in die Bestbieterermittlung" gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 am 25.10.2006 entsprechend vorgenommen hat, dass diese Rechtsbezeichnungen jedoch auch keinen Anlass dazu gaben, die zitierte höchstgerichtliche Judikatur in Frage zu stellen (siehe zur Beschwerdepunktbezeichnung (bereits) im Nachprüfungsantrag zB BVA 22.3.2006, 08N-90/05-69 unter Hinweis auf Oberndorfer, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 108).

Nach der letztzitierten VwGH - Entscheidung vom 18.5.2005, die jedenfalls im Ergebnis auf der gleichen Linie wie die deutsche Vergaberechtsprechung liegen dürfte - siehe dazu zB bei Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts 360ff mwN, ist es weiters rechtlich unerheblich, wie das Angebot einer weiteren Bieterin zu bewerten wäre, da der Antragstellerin diesbezüglich in diesem Verfahren keine subjektiven Rechte mehr zukommen, welche aber für den Erfolg eines Nachprüfungsantrags vorliegen müssen. Damit musste auch die Frage der Antragstellerin an Herrn DI Sch\*\*\* in der Verhandlung am 30.11.2006 betreffend die Referenzen der T\*\*\* für das angebotene System nicht mehr zugelassen werden, wie dies nunmehr neuerlich seitens der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 4.12.2006, lfd Nr 83 nochmals gerügt wird. Die Beurteilung des Angebots der T\*\*\* erscheint im von der Antragstellerin eingeleiteten Nachprüfungsverfahren über die Nichtigerklärung des Ausscheidens der Antragstellerin und über die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der T\*\*\* im Rahmen der bezeichneten Beschwerdepunkte jedenfalls unerheblich.

Unbeschadet der vorstehend ersichtlichen Beurteilung des Angebots der Antragstellerin als auszuscheidend ist dem Bundesvergabeamt im Ermittlungsverfahren ein weiterer zwingender Ausscheidensgrund zur Kenntnis gelangt.

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote - wie bereits ausgeführt - zwingend auszuscheiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote - wie bereits ausgeführt - zwingend auszuscheiden.

Die Auftraggeberin hat auf Seite 34 der Angebotsunterlage, dies hier wiederholend, nachstehende Festlegung betreffend eine Teststellung, spricht: Bemusterung getroffen:

Zur Unterstützung der Bewertung von Kriterien sind binnen von 2 Wochen nach Aufforderung folgende Komponenten des Tierhaltungssystem für die Dauer von 6 Werktagen vorzulegen:

1 Stk. Käfig-Rack für Typ II L – Käfige (siehe Pos: 1.1) Je 48 Stk. Käfige Typ II L (siehe Pos: 2.1) Stk. Käfig-Rack für Typ römisch zwei L – Käfige (siehe Pos: 1.1) Je 48 Stk. Käfige Typ römisch zwei L (siehe Pos: 2.1)

Gitterdeckel für Käfige, Typ II L (siehe Pos: 2.3) Gitterdeckel für Käfige, Typ römisch zwei L (siehe Pos: 2.3)

Hauben für Käfige, Typ II L (siehe Pos: 2.5) Hauben für Käfige, Typ römisch zwei L (siehe Pos: 2.5)

Tränkeflaschen 260ml (inkl. Kappen)

1 Stk. Gebläseeinheit inkl. lufttechnische Anschlusskomponenten. 1 Stk. Transport- und Autoklavierwagen (siehe Pos: 5)

Der genaue Ort der Bemusterung in Graz wird ebenfalls zeitgerecht bekannt gegeben.

Die Ausschreibung ist - wie oben bereits dargestellt - in ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter auszulegen.

Mit dieser Auslegungsmaxime kommt man zum Ergebnis, dass die Auftraggeberin mit der Teststellungspassage in der Ausschreibung betreffend die dort angeführten Systembestandteile und insbesondere betreffend die IVC - Gebläseeinheit bemustern, also prüfen wollte, ob die Kriterien der Ausschreibung erfüllt werden. Auf Grund des

Wortes "Kriterien" in dieser Passage fallen über das Gebot der objektiven Auslegung sowohl Eignungs- als auch Zuschlagskriterien unter diese Bemusterungsbestimmung der Ausschreibung, welche mangels Anfechtung der Ausschreibung bestandfest geworden ist.

Mit dem Interpretationsansatz des durchschnittlich fachkundigen Bieters ist dabei weiters klar erkennbar, dass die Auftraggeberin ab der Anberaumung der Teststellung binnen 14 Tagen genau jene Systembestandteile und damit auch jene IVC - Gebläseeinheit vorgestellt haben wollte, die nachmalig im Falle der Auftragserteilung einmal geliefert werden sollte. Das vorgeführte Gerät soll nach dem objektiv erkennbaren Zweck einer derartigen Bemusterungspassage ja gerade die Entscheidungsgrundlage der Auftraggeberin dafür sein, ob die vorgeführten und daher nachmalig in dieser Form gegebenen Falls zu liefernden Geräte die Mindestanforderungen erfüllen, bzw wie die Geräte hinsichtlich einzelner Zuschlagskriterien zu beurteilen sind.

Dieses Auslegungsergebnis wird dabei durch die Definition des Angebots in § 2 Z 3 BVergG 2006 gestützt, wonach das Angebot insbesondere durch die bestimmte Leistung definiert wird. Eine bestimmte Leistung setzt aber voraus, dass - gegenständlich entweder ein Gerät mit manueller Umschaltung von Über- auf Unterdruckbetrieb angeboten und daher zur Bemusterung vorgeführt wird, oder aber ein Gerät mit diesbezüglich menügesteuerter Umschaltmöglichkeit. Dieses Auslegungsergebnis wird dabei durch die Definition des Angebots in Paragraph 2, Ziffer 3, BVergG 2006 gestützt, wonach das Angebot insbesondere durch die bestimmte Leistung definiert wird. Eine bestimmte Leistung setzt aber voraus, dass - gegenständlich entweder ein Gerät mit manueller Umschaltung von Über- auf Unterdruckbetrieb angeboten und daher zur Bemusterung vorgeführt wird, oder aber ein Gerät mit diesbezüglich menügesteuerter Umschaltmöglichkeit.

Wenn die Antragstellerin dabei am 16.8.2006 nach den eigenen Angaben im Nachprüfungsantrag kein Gerät vorführte, dass die Möglichkeit eines menügesteuerten Umschaltens von Über- auf Unterdruckbetrieb und umgekehrt vorsah, hingegen selbst behauptet, dass im Falle der Zuschlagserteilung ein derartiges menügesteuertes Gerät geliefert würde (siehe zB 6.1.2 des Nachprüfungsantrags, lfd Nr 1 des Akts), ist damit erwiesen, dass die Auftraggeberin bereits deshalb bei der Teststellung am 16.8.2006 nicht jenes Gerät als Beurteilungsgrundlage zur Verfügung hatte, welches die Antragstellerin im Auftragsfall zu liefern gedachte.

In gleicher Weise steht unstrittig fest, dass zum Zeitpunkt der Bemusterung der Gebläseeinheit der Antragstellerin am 16.8.2006 die Eingabemöglichkeit der Käfiganzahl und Käfigtype über die Menüsteuerung noch nicht möglich war (Aussage DI Ra\*\*\* am 30.11.2006, Seite 12 der lfd Nr 77; Aussage des DI Oe\*\*\* am 30.11.2006, S 15 der lfd Nr 77, e-mail vom 18.8.2006 von Frau Schae\*\*\* an Dr Wä\*\*\*.) Auch insoweit unterscheiden sich die bemusterte und die zu liefern beabsichtigte IVC - Gebläseeinheit ausschreibungswidrig in dem aufgezeigten Sinn.

Zurückkehrend zur Bemusterungspassage der Ausschreibung ist hinsichtlich deren Auslegung weiters festzuhalten, dass in der Ausschreibung ein Ende der Angebotsfrist am 21.7.2006 festgelegt wurde. Hat man nun - wiederholend - die Ausschreibung objektiv auszulegen, gelangt man zum Ergebnis, dass bei einem Schlusstermin für die Angebote am 21.7.2006 und einer normierten 14 - tägigen Vorankündigungspflicht gegenüber dem jeweiligen Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren eine erstmalige Bemusterung bereits am 4.8.2006 stattfinden hätte können.

Ruft man sich vor diesem zeitlichen Hintergrund nochmals den objektiven Zweck der Bemusterung, nämlich die Schaffung von Entscheidungsgrundlagen für nachmalige Ausscheidens-, Zuschlags- oder Widerrufsentscheidungen, in Erinnerung und geht man wie der erkennende Senat davon aus, dass bei der Bemusterung genau jenes Gerät vorzuführen ist, dass später im Falle der Auftragserteilung geliefert werden soll,

bedeutet dies für das hier interessierende Vergabeverfahren, dass jeder Bieter - und damit auch die Antragstellerin bei ihrer Angebotslegung zu gewärtigen hatte, dass die ihrerseits angebotenen Leistungen in der nachmalig allenfalls zu liefernden Form spätestens am 4.8.2006 beim Auftraggeber vorgeführt werden können, insbesondere soweit die einzelnen Systemteile in der Bemusterungspassage als vorzuführend angegeben sind. Kann eine Bieterin zum Zeitpunkt der Vornahme der Bemusterung durch die Auftraggeberin noch nicht exakt jene Gerätschaften vorführen, welche sie im Auftragsfalle zu liefern gedenken würde, überreicht diese Bieterin ein Angebot, das den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht.

Die Ausschreibungsbestimmungen sehen eben - is der obigen Auslegung - vor, dass eine bestimmte Leistung, hier insbesondere auch eine bestimmte IVC - Gebläseeinheit angeboten wird, die einerseits Beurteilungsgrundlage für die Beschaffungsentscheidung (-en) der Auftraggeberin und andererseits genau jenes Gerät ist, welches nachmalig im

Falle der Zuschlagserteilung auf das in Frage stehende Angebot zu liefern wäre.

Da die gegenständliche Antragstellerin bei der Bemusterung auch am 16.8.2006 insbesondere noch nicht genau jene IVC - Gebläseeinheit vorstellte bzw vorstellen konnte, die später einmal geliefert werden sollte, hat sie ein Angebot gelegt, das zum Zeitpunkt der Bemusterung noch nicht jenen Fertigstellungsgrad erreicht hatte, den die Auftraggeberin auf Basis der objektiven Auslegung der Ausschreibung erstmalig bereits am 4.8.2006 jedenfalls erwarten hätte dürfen.

Das Angebot der Antragstellerin ist daher auch insoweit jedenfalls ausschreibungswidrig und damit zwingend auszuschneiden, zumal die Auftraggeberin ausweislich des Punktes 1.4) der technischen Vorbemerkungen ja gerade erprobte Lösungen beschaffen wollte, bei welchen die Auftraggeberin auf Basis einer solchen Ausschreibungsvorgabe keines Falls damit rechnen musste, dass eine Bieterin bei der angebotenen Lösung wesentliche Systembestandteile wie die IVC - Gebläseeinheit in der zu liefernden (und damit zu bemusternden) Form erst endgültig als Prototyp fertig stellen müsste.

Die hiermit erkannte Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der Antragstellerin und damit der daraus abzuleitende zwingende Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 ergeben sich dabei wiederum bereits aus den Tatsachenbehauptungen der Antragstellerin selbst in Zusammenschau mit den sonst seitens des Bundesvergabeamts vorgenommenen Ermittlungstätigkeiten hinsichtlich der ausdrücklich bekämpften Ausscheidensgründe, welche eine Analyse der Ausschreibung und ein Verständnis vom grundsätzlichen Funktionieren eines IVC - Tierhaltesystems erforderlich machten. Die hiermit erkannte Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der Antragstellerin und damit der daraus abzuleitende zwingende Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ergeben sich dabei wiederum bereits aus den Tatsachenbehauptungen der Antragstellerin selbst in Zusammenschau mit den sonst seitens des Bundesvergabeamts vorgenommenen Ermittlungstätigkeiten hinsichtlich der ausdrücklich bekämpften Ausscheidensgründe, welche eine Analyse der Ausschreibung und ein Verständnis vom grundsätzlichen Funktionieren eines IVC - Tierhaltesystems erforderlich machten.

Der gerade aufgezeigte Ausscheidensgrund (zu lieferndes Gerät bei der Bemusterung nicht vorhanden, obwohl in der Ausschreibung für die angebotenen Lösungen in objektiver Aulegung vorgesehen) führt alternativ zum erstaufgezeigten Ausscheidensgrund (keine erprobte Lösung) wiederum dazu, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist.

Damit ist die Frage des Zutreffens der von der Auftraggeberin am 13.10.2006 ausdrücklich herangezogenen Ausscheidensgründe nicht mehr rechtserheblich iS des § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 bzw iS des § 39 Abs 3 AVG. Damit ist die Frage des Zutreffens der von der Auftraggeberin am 13.10.2006 ausdrücklich herangezogenen Ausscheidensgründe nicht mehr rechtserheblich iS des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 bzw iS des Paragraph 39, Absatz 3, AVG.

Das Ausscheiden der Antragstellerin durch die Auftraggeberin erfolgte jedenfalls im Ergebnis richtig.

Mangels festgestelltem (, überhaupt möglichem) wesentlichen Einfluss der von der Antragstellerin betreffend die bekämpfte Ausscheidensentscheidung geltend gemachten Rechtsverletzungen für den Ausgang der Vergabeverfahrens war daher der Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung abzuweisen, ohne das die von der Antragstellerin diesbezüglich im Nachprüfungsverfahren ausdrücklich bezeichneten Rechtswidrigkeiten noch weiter geprüft hätten werden müssen.

Hinsichtlich des Ergebnisses der Abweisung des Antrags auf Nichtigklärung des Ausscheidens war dabei weiters unerheblich, ob die Anberaumung der Teststellung für die Antragstellerin am 2.8.2006 für den 16.8.2006 zu kurzfristig gewesen sein soll.

Wenn nämlich wie aufgezeigt eine erstmalige Teststellung nach der Ausschreibung bereits am 4.8.2006 zulässig gewesen wäre und die jeweils zu bemusternden Geräte daher ab dem 4.8.2006 in jener Form existieren mussten, die einerseits bemustert und andererseits im Auftragsfalle geliefert hätte werden müssen, und dieser Fertigstellungsgrad bei der angebotsgegenständlichen IVC - Gebläseeinheit der Antragstellerin auch am 16.8.2006 noch nicht erreicht war, können unverbindliche Absichtserklärungen von Personen aus der Sphäre der Auftraggeberin die bestandfesten

Terminvorgaben der Ausschreibung nicht unanwendbar machen (zu diesen Absichtserklärungen siehe insbesondere die Aussage des Herrn Wu\*\*\* am 30.11.2006, S 10 der lfd Nr 77). Auch die Auftraggeberin ist nämlich bei der Angebotsprüfung an die eigene, präkludierte Ausschreibung gebunden.

Aus dem gleichen Grunde der Bindung der Auftraggeberin an die eigene Ausschreibung wäre eine endgültige Festlegung der Angebotsprüfer der Auftraggeberin unzulässig, dass als Prototypen angebotene Systeme dennoch erprobte Lösungen sein sollen. Würde das Bundesvergabeamt dieser insbesondere seitens der Antragstellerin in der Eingabe vom 4.12.2006, lfd Nr 83, Punkt

1.3. vertretenen Auffassung folgen, würde das Bundesvergabeamt entgegen dem VwGH v 7.11.2005,2003/04/0135 die präkludierte Ausschreibung in der gebotenen Auslegung nach dem objektiven Erklärungswert missachten und zudem in die subjektiven Rechte insbesondere der T\*\*\* in der konkret gegebenen Verfahrenssituation eingreifen. Die objektive Auslegung führt aber gegenständlich, wie gezeigt, eben zum Ergebnis, dass ein Prototyp keine erprobte Lösung ist.

An dieser Stelle ist zudem hinsichtlich der Ausführungen der Antragstellerin in der Eingabe vom 4.12.2006, lfd Nr 83, Punkt

1.3. festzuhalten, dass Herr DI Ra\*\*\* am 30.11.2006 auf S 12 der lfd Nr 77 nur angegeben hat, dass Referenzstellen angegeben waren. Dass die Auftraggeberin bei diesen Referenzstellen nachgefragt hätte, ob der angebotsgegenständliche "Prototyp" bei diesen Referenzstellen verwendet würde, hat Herr DI Ra\*\*\* allerdings nicht ausgesagt.

Die seitens der Antragstellerin am 4.12.2006 mit der lfd Nr 83 beantragte Beiziehung von technischen Sachverständigen war iS des § 52 Abs 1 AVG nicht mehr erforderlich, da - wie aufgezeigt - durch die Auslegung der Ausschreibung nach ihrem objektiven Erklärungswert unter Verwertung der Aussagen einvernommener Personen und mit dem grundsätzlichen Verständnis des Funktionierens des IVC - Tierhaltesystems durch den Senat die Streitsache einer Entscheidung zugeführt werden konnte. Die Auslegung der Ausschreibung oder von Bietererklärungen nach einem allgemeinen Sprachverständnis ist nämlich Aufgabe der Behörde, wobei ein vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichendes Verständnis der Begriffe "erprobte Lösungen" und "Prototyp" seitens der Antragstellerin gar nicht substantiiert behauptet wurden. Die seitens der Antragstellerin am 4.12.2006 mit der lfd Nr 83 beantragte Beiziehung von technischen Sachverständigen war iS des Paragraph 52, Absatz eins, AVG nicht mehr erforderlich, da - wie aufgezeigt - durch die Auslegung der Ausschreibung nach ihrem objektiven Erklärungswert unter Verwertung der Aussagen einvernommener Personen und mit dem grundsätzlichen Verständnis des Funktionierens des IVC - Tierhaltesystems durch den Senat die Streitsache einer Entscheidung zugeführt werden konnte. Die Auslegung der Ausschreibung oder von Bietererklärungen nach einem allgemeinen Sprachverständnis ist nämlich Aufgabe der Behörde, wobei ein vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichendes Verständnis der Begriffe "erprobte Lösungen" und "Prototyp" seitens der Antragstellerin gar nicht substantiiert behauptet wurden.

Zum Vorbringen der Antragstellerin erstmalig vom 16.11.2006, lfd Nr 30 des Akts, Punkt 3., dass die Auftraggeberin bereits am 16.8.2006 aufforderte bzw einwilligte, dass das bemusterte Gerät von der Antragstellerin wiederum zurückgenommen werde, und daher die Angebotsprüfung der Antragstellerin durch das Bundesvergabeamt nun nicht mehr nachprüfbar bzw nachvollziehbar wäre, ist auszuführen, dass gegenständlich dahingestellt bleiben kann, ob die Angebotsprüfung der Auftraggeberin ohne das zur Bemusterung vorgeführte Gerät noch nachvollziehbar und damit nachprüfbar ist. Für den erkennenden Senat stehen jene Tatsachen unstrittig insbesondere auch auf Basis der Tatsachenangaben der Antragstellerin bzw des Herrn DI Oe\*\*\* bzw der sonst am 30.11.2006 einvernommenen Zeugen fest, die die rechtliche Beurteilung tragen. Dies zumal die Antragstellerin die Bemusterungspassage auf Seite 34 der Angebotsunterlage selbst nicht zum Gegenstand einer Vergabenachprüfung der Ausschreibung gemacht hat und damit grundsätzlich akzeptiert hat, dass die bemusterten Geräte für die Dauer von 6 Tagen vorzulegen sind, was aber nichts anderes bedeutet, als dass auch die Auftraggeberin die Bemusterungsgeräte nur 6 Tage in Verwahrung haben wollte.

Geht man dabei wiederum vom Zweck einer Bemusterung aus, dass der Auftraggeberin während der gesamten Bemusterung die identen Sachen gezeigt werden, die nachmalig allenfalls geliefert werden sollen, ist dazu auch festzuhalten, dass nirgends normiert ist, dass die Auftraggeberin mit der Bemusterung tatsächlich 6 Tage brauchen müsste. Steht am ersten Tag einer nach dem Wortlaut der Ausschreibung anberaumten Bemusterung bereits fest,

dass die vorgeführten Sachen noch nicht den später allenfalls zu liefernden Sachen entsprechen, ist es im Sinne der hier vertretenen Rechtsauffassung zulässig, die Bemusterung bereits am 1. Tag zu beenden. Dass die Geräte seitens der Antragstellerin bereits am 16.8.2006 zurückgenommen wurden, bestätigt dabei dieses Verständnis der Ausschreibung als auch bei der Antragstellerin vorliegend.

Im Übrigen hat der § 23 Abs 5 BVergG 2006, welcher seitens der Antragstellerin zur Begründung der Vergaberechtswidrigkeit der Rückstellung der Bemusterungsgeräte am 16.8.2006 herangezogen wurde, eindeutig das Regelungsziel, dass sich Bieter die Rückgabe ihrer Muster und Ausarbeitungen vorbehalten können. Diese Norm dient damit dem Schutz der Bieter vor unbefugter Verwendung der Muster etc durch den Auftraggeber oder durch Dritte über deren ausdrücklichen Vorbehalt, hat aber keinen Beweissicherungszweck für das Nachprüfungsverfahren - § 6 ABGB. In einem derartigen Fall müsste man eine entsprechende Norm nämlich iS der systematischen Auslegung zudem bei den Rechtsschutzbestimmungen vorfinden. Im Übrigen hat der Paragraph 23, Absatz 5, BVergG 2006, welcher seitens der Antragstellerin zur Begründung der Vergaberechtswidrigkeit der Rückstellung der Bemusterungsgeräte am 16.8.2006 herangezogen wurde, eindeutig das Regelungsziel, dass sich Bieter die Rückgabe ihrer Muster und Ausarbeitungen vorbehalten können. Diese Norm dient damit dem Schutz der Bieter vor unbefugter Verwendung der Muster etc durch den Auftraggeber oder durch Dritte über deren ausdrücklichen Vorbehalt, hat aber keinen Beweissicherungszweck für das Nachprüfungsverfahren - Paragraph 6, ABGB. In einem derartigen Fall müsste man eine entsprechende Norm nämlich iS der systematischen Auslegung zudem bei den Rechtsschutzbestimmungen vorfinden.

Zur im Nachprüfungsantrag monierten teilweise unterlassenen Begründung des Fehlens der Eingabemöglichkeit von Käfiganzahl und Käfigtype durch die Auftraggeberin ist festzuhalten, dass es - wie aufgezeigt - rechtlich auf diese Eingabemöglichkeit bereits zum Teststellungszeitpunkt 16.8.2006 ankommt, und zudem eine solche Vergaberechtsverletzung wegen der amtswegig erkannten sonstigen Ausscheidensgründe nicht von wesentlichem Einfluss iS des § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 ist. Zur im Nachprüfungsantrag monierten teilweise unterlassenen Begründung des Fehlens der Eingabemöglichkeit von Käfiganzahl und Käfigtype durch die Auftraggeberin ist festzuhalten, dass es - wie aufgezeigt - rechtlich auf diese Eingabemöglichkeit bereits zum Teststellungszeitpunkt 16.8.2006 ankommt, und zudem eine solche Vergaberechtsverletzung wegen der amtswegig erkannten sonstigen Ausscheidensgründe nicht von wesentlichem Einfluss iS des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ist.

Zur Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist auszuführen, dass das Bundesvergabeamt gemäß § 325 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 eine Zuschlagsentscheidung unter der Voraussetzung des § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 dann für nichtig zu erklären hat, wenn die Antragstellerin durch die angefochtene Entscheidung in den von der Antragstellerin bezeichneten subjektiven Rechten gemäß § 322 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 verletzt wird. Zur Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist auszuführen, dass das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 eine Zuschlagsentscheidung unter der Voraussetzung des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 dann für nichtig zu erklären hat, wenn die Antragstellerin durch die angefochtene Entscheidung in den von der Antragstellerin bezeichneten subjektiven Rechten gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 verletzt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erk v 18.5.2005 zur ZI2004/04/0094 zur insoweit im Wesentlichen ident zu beurteilenden Rechtslage ausgeführt, dass ein zu Recht ausgeschiedener Bieter durch eine Zuschlagsentscheidung nicht in seinen [subjektiven] Rechten verletzt sein kann und daher ein gegen die Zuschlagsentscheidung gerichteter Nachprüfungsantrag eines zu Recht ausgeschiedenen Bieters abzuweisen ist.

Da - wie oben ersichtlich - die Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Antragstellerin nicht für nichtig zu erklären war, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung allein schon deshalb (gleichfalls) abzuweisen.

Die Anträge auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren waren abzuweisen, da die Antragstellerin weder mit ihrem Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens noch mit ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung durchgedrungen ist und damit mit den beiden Nichtigerklärungsbegehren nicht einmal teilweise obsiegt hat - § 319 Abs 1 BVergG 2006. Die Anträge auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren waren abzuweisen, da die Antragstellerin weder mit ihrem Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens noch mit ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung durchgedrungen ist und damit mit den beiden Nichtigerklärungsbegehren nicht einmal teilweise obsiegt hat - Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006.

Da ein Pauschalgebührenersatz für Pauschalgebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 das Obsiegen im Verfahren über den oder die mit der einstweiligen Verfügung vorläufig abgesicherten Nichtigerklärungs-, also Rechtsgestaltungsbegehren voraussetzt und der Antragstellerin einen solchen Verfahrenserfolg nicht vorweisen kann, war trotz der beantragten und auch erlassenen einstweiligen Verfügung gegenständlich auch kein teilweiser Pauschalgebührenersatz (allenfalls wegen der antragsgemäßen Erledigung des eV - Antrags) auszusprechen. Dabei konnte daher auch dahingestellt bleiben, ob wegen des aktuellen § 328 Abs 7 BVergG 2006 für einen eV - Antrag entrichtete Pauschalgebühren verfassungskonform überhaupt auf die Auftraggeberin überwälzbar sind, bzw ob die von der Antragstellerin im Ausmaß von EUR 5.000,- Da ein Pauschalgebührenersatz für Pauschalgebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 das Obsiegen im Verfahren über den oder die mit der einstweiligen Verfügung vorläufig abgesicherten Nichtigerklärungs-, also Rechtsgestaltungsbegehren voraussetzt und der Antragstellerin einen solchen Verfahrenserfolg nicht vorweisen kann, war trotz der beantragten und auch erlassenen einstweiligen Verfügung gegenständlich auch kein teilweiser Pauschalgebührenersatz (allenfalls wegen der antragsgemäßen Erledigung des eV - Antrags) auszusprechen. Dabei konnte daher auch dahingestellt bleiben, ob wegen des aktuellen Paragraph 328, Absatz 7, BVergG 2006 für einen eV - Antrag entrichtete Pauschalgebühren verfassungskonform überhaupt auf die Auftraggeberin überwälzbar sind, bzw ob die von der Antragstellerin im Ausmaß von EUR 5.000,-

- entrichteten Gebühren unter Berücksichtigung der Rspr des VfGH (Erk v 11.10.2006, G 124/06, V 44/06 - 6) gemäß §§ 318 Abs 1 und 320 Abs 1 BVergG 2006 ohnehin den beiden Nichtigerklärungsbegehren zuzuwidmen sind.- entrichteten Gebühren unter Berücksichtigung der Rspr des VfGH (Erk v 11.10.2006, G 124/06, römisch fünf 44/06 - 6) gemäß Paragraphen 318, Absatz eins und 320 Absatz eins, BVergG 2006 ohnehin den beiden Nichtigerklärungsbegehren zuzuwidmen sind.

Bei der Abweisung des Gebührenersatzantrags betreffend die seitens der Antragstellerin für den Provisorialantrag einbezahlten Gebühren hatte gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 gleichfalls der zuständige Senat tätig zu werden, da § 306 Abs 1 BVergG 2006 die Einzelzuständigkeit nur mehr für die Entscheidung über das eigentliche Sicherungsbegehren vorsieht und zudem die Senatsentscheidung in der Hauptsache Bestimmungsgrund für den Kostenausspruch ist - § 319 Abs 2 Z 1 BVergG 2006. Bei der Abweisung des Gebührenersatzantrags betreffend die seitens der Antragstellerin für den Provisorialantrag einbezahlten Gebühren hatte gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 gleichfalls der zuständige Senat tätig zu werden, da Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 die Einzelzuständigkeit nur mehr für die Entscheidung über das eigentliche Sicherungsbegehren vorsieht und zudem die Senatsentscheidung in der Hauptsache Bestimmungsgrund für den Kostenausspruch ist - Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006.

### **Schlagworte**

(optional) zwingende Ausscheidensgründe; amtswegiges Aufgreifen;

### **Dokumentnummer**

VERGT\_20061206\_N\_0089\_BVA\_08\_2006\_88\_00

**Quelle:** Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

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