

TE Verg Bescheid 2005/12/22 07N-112/05-28

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.12.2005

Norm

BVergG 2002 §21 Abs1

BVErgG 2002 §81 Abs1

BVergG 2002 §83 Abs4

BVergG 2002 §96 Abs1

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §163 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs5

AVG §74 Abs2

1. AVG § 74 heute
2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, und Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Wolfgang Damianisch als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 BundesvergabeGesetz 2002 (BVergG 2002), BGBl. I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Physikalische Trinkwasseraufbereitungsanlage (BMLV GZ 57/011/00-00/RD-ARWT/KA/2005)" des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090 Wien, dieser vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1010 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 21.11.2005, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, und Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Wolfgang Damianisch als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BundesvergabeGesetz 2002 (BVergG 2002), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Physikalische Trinkwasseraufbereitungsanlage (BMLV GZ 57/011/00-00/RD-ARWT/KA/2005)" des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090 Wien, dieser vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1010 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 21.11.2005, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, das Bundesvergabeamt möge die Widerrufsentscheidung für nichtig erklären, wird zurückgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Zuerkennung des Ersatzes der Gebühr gemäß § 177 Abs. 5 BVergG 2002 für den Nachprüfungsantrag wird abgewiesen. Der Antrag auf Zuerkennung des Ersatzes der Gebühr gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 für den Nachprüfungsantrag wird abgewiesen.

2. 3.Ziffer 3

Der Antrag auf Zuerkennung der Kosten der anwaltlichen Vertretung wird zurückgewiesen.

Begründung

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde auch im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 10.6.2005 unter 2005/S 111-110422 veröffentlicht. Ausschreibungsgegenstand ist die Lieferung von 8 Stück physikalischer Trinkwasseraufbereitungsanlagen auf Containerbasis (mit der Option für zwei weitere) sowie 3 Stück physikalischer Trinkwasseraufbereitungsanlagen auf Trailerbasis. Die Vergabe soll in einem offenen Verfahren für den Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 16.8.2005, 9.30 Uhr, fixiert. Die Angebotsöffnung erfolgte am 16.8.2005, 13.00 Uhr.

Insgesamt langten drei Angebote von zwei Bietern ein, von denen die Antragstellerin ein Angebot legte.

Unter Punkt A.4 der Ausschreibungsunterlagen ist Folgendes festgelegt:

"ALTERNATIVANGEBOTE: Zulässig, jedoch nur neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot. Die qualitative Gleichwertigkeit ist durch den Bieter genau und ausreichend zu dokumentieren - Mindesterfüllung an die Alternativangebote:

Erfüllung der MUSS- und MUSS*-Kriterien. Alternativangebote sind gesondert als solche zu bezeichnen und in einer eigenen Ausfertigung einzureichen, insbesondere, wenn ein Alternativangebot zu einem betragsmäßig anderen Preis führt als das Hauptangebot.

[...]"

Die Ausschreibungsunterlagen sehen in der "Technischen Leistungsbeschreibung Trinkwasseraufbereitungsanlage physikalisch"

Folgendes vor:

"1 ALLGEMEINES

[...]

1.2.1.2 MUSS-Forderung (M)

Ist eine unbedingt zu erfüllende Forderung

Die Nichterfüllung auch nur einer als "M" gekennzeichneten Forderung führt zum Ausscheiden des Angebotes aus der Bewertung.

[...]"

Unter Punkt 2.1.3.1 ist folgende Muss-Forderung vorgesehen:

"2.1.3.1 Allgemeines

[...]

Die gesamte TWA/physik ist in einen 20 Fuß ISO 1 C-Container (8") einzubauen.

[...]"

Unter Punkt 2.1.13 ist folgende Muss-Forderung vorgesehen:

"[...]

Die Außenabmessungen des Containers 1C dürfen nicht überschritten werden. Die Klimaanlage darf am Dach aufgebaut werden, die Gesamthöhe darf das Maß eines Containers 1C(C) nicht überschreiten.

[...]"

Die ÖNORM ISO 668 bestimmt in Punkt 4 "Klassifikation und Bezeichnung" Folgendes:

"ISO-Container der Reihe 1 haben eine einheitliche Breite von 2438 mm (8ft). Die Nennlängen sind in Tabelle 1 angeführt Tabelle 1: Nennlängen

Bezeichnung des Containers	Nennlänge	
	m	ft
1 AAA		
1 AA		
1 A	121)	401)
1 AX		
1 BBB		
1 BB		
1 B	9	30
1 BX		
1 CC		
1 C	6	20
1 CX		
1 D		
1 DX	3	10

1. 1)Ziffer eins

in gewissen Ländern ist die Gesamtlänge des Fahrzeuges mit seiner Ladung gesetzlich begrenzt.

[...]

Container mit der Höhe 2591 mm (8 ft 6 in) werden mit 1 AA, 1 BB und 1 CC bezeichnet.

Container mit der Höhe 2438 mm (8 ft) werden mit 1 A, 1 B, 1 C und 1 D bezeichnet.

[...]"

Die Antragstellerin gab in ihrem Angebot unter Punkt 2.1.3.1 der Technischen Leistungsbeschreibung im vorgesehenen Feld ein "J" an, verwies aber auf den Zusatz 11 der Erläuterungen zur "Technischen Leistungsbeschreibung 4610/4-2", der wie folgt lautet:

1. "11.)11,

Aufgrund der umfangreichen Anlagentechnik wird die Anlage in einen 1 CC Container eingebaut. Die Klimaanlage ist in der Containerwand integriert, die Abmessungen des Normcontainers werden nicht überschritten."

Weiters gab die Antragstellerin in ihrem Angebot unter Punkt

2.1.13 der Technischen Leistungsbeschreibung im vorgesehenen Feld ein "J" an.

Mit Fax vom 15.9.2005 führte die Antragstellerin an den Auftraggeber Folgendes aus:

"[...]

Nach nochmaliger Prüfung des von uns abgegebenen Angebotes mussten wir leider feststellen, dass wir irrtümlich bei den Abmessungen des Containers nur die Unterlagen der von uns vorgeschlagenen alternativen Ausführung der Containeranlage als 1 CC-Container mit innen eingebauter Klimaanlage beigelegt haben.

Wie wir jedoch in der technischen Leistungsbeschreibung unter Punkt 2.1.13 bestätigt haben, können wir selbstverständlich die TWA/physik auch im 1 C Container mit innen eingebauter Klimaanlage liefern. Der Angebotspreis gilt für beide Varianten und alle anderen technischen Daten bleiben davon unberührt. Wir sind gerne bereit die detaillierten Unterlagen für die 1 C Containerausführung nachzuliefern.

Wir haben die Ausführung mit innen eingebauter Klimaanlage deshalb angeboten, weil diese Ausführung ebenfalls den Vorgaben für die zulässigen, maximalen Transportmaße laut technischer Leistungsbeschreibung entspricht und die Klimaanlage bei Einbau in den Container besser gegen Witterungseinflüsse und gegen mechanische Beschädigungen vor allem beim Transport geschützt ist. Der Einbau in den 1 CC-Container bietet zusätzlich den Vorteil des größeren Innenraums.

[...]"

Mittels Briefen, datiert mit 25.10.2005, wurde den beiden Bietern mitgeteilt, dass das Bundesministerium für Landesverteidigung/Rüstungsdirektion/Kaufmännische Abteilung gemäß § 105 Abs. 2 Z 2 bzw. Z 3 BVergG das gegenständliche Vergabeverfahren widerruft. Der Widerruf wurde auch im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 11.11.2005 unter 2005/S 217-213532 mit dem Hinweis auf § 105 Abs. 2 Z 2 BVergG als Begründung veröffentlicht. Mittels Briefen, datiert mit 25.10.2005, wurde den beiden Bietern mitgeteilt, dass das Bundesministerium für Landesverteidigung/Rüstungsdirektion/Kaufmännische Abteilung gemäß Paragraph 105, Absatz 2, Ziffer 2, bzw. Ziffer 3, BVergG das gegenständliche Vergabeverfahren widerruft. Der Widerruf wurde auch im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 11.11.2005 unter 2005/S 217-213532 mit dem Hinweis auf Paragraph 105, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG als Begründung veröffentlicht.

Mit Schriftsatz vom 21.11.2005, verbessert eingebracht am 24.11.2005, beantragte die Antragstellerin die Nichtigerklärung des Widerrufs, verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 29.11.2005, GZ 07N-112/05-8, zurückgewiesen wurde. Die Antragstellerin brachte inhaltlich vor, sie habe am gegenständlichen Vergabeverfahren teilgenommen und fristgerecht ein firmenmäßig gefertigtes Angebot eingereicht. Insgesamt seien zwei Angebote eingereicht worden, das zweite Angebot stamme von der B***. Die Antragstellerin sei nach Angebotsöffnung sämtlichen Aufforderungen des Antragsgegners hinsichtlich der zusätzlichen Erbringung von Bestätigungen fristgerecht und vollständig nachgekommen. Am 7.11.2005 habe sie ein Schreiben des Antragsgegners, datiert mit 25.10.2005, erhalten, wonach die gegenständliche Ausschreibung gemäß § 105 Abs. 2 Z 2 bzw. Z 3 BVergG 2002 widerrufen worden sei. Der konkrete Grund für den Widerruf sei ihr nicht mitgeteilt worden. Insbesondere sei ihr nicht bekannt gegeben worden, wer von den beteiligten Bietern vom Vergabeverfahren ausgeschieden wurde bzw. welche schwerwiegenden und sonstigen Gründe einen Widerruf im Sinne des § 105 Abs. 2 Z 3 BVergG 2002 rechtfertigen würden. Mit Schriftsatz vom 21.11.2005, verbessert eingebracht am 24.11.2005, beantragte die Antragstellerin die Nichtigerklärung des Widerrufs, verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 29.11.2005, GZ 07N-112/05-8, zurückgewiesen wurde. Die Antragstellerin brachte inhaltlich vor, sie habe am gegenständlichen Vergabeverfahren teilgenommen und fristgerecht ein firmenmäßig gefertigtes Angebot eingereicht. Insgesamt seien zwei Angebote eingereicht worden, das zweite Angebot stamme von der B***. Die Antragstellerin sei nach Angebotsöffnung sämtlichen Aufforderungen des Antragsgegners hinsichtlich der zusätzlichen Erbringung von Bestätigungen fristgerecht und vollständig nachgekommen. Am 7.11.2005 habe sie ein Schreiben des Antragsgegners, datiert mit 25.10.2005, erhalten, wonach die gegenständliche Ausschreibung gemäß Paragraph 105, Absatz 2, Ziffer 2, bzw. Ziffer 3, BVergG 2002 widerrufen worden sei. Der konkrete Grund für den Widerruf sei ihr nicht mitgeteilt worden. Insbesondere sei ihr nicht bekannt gegeben worden, wer von den beteiligten Bietern vom Vergabeverfahren ausgeschieden wurde bzw. welche schwerwiegenden und sonstigen Gründe einen Widerruf im Sinne des Paragraph 105, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2002 rechtfertigen würden.

In dem an die Antragstellerin gerichteten Schreiben vom 25.10.2005 sei der Auftraggeber vom Vorliegen eines Ermessenswiderrufsgrundes iSd § 105 Abs. 2 BVergG 2002 ausgegangen und habe dies mit Z 2, wonach nur ein Angebot nach Ausscheiden übrig geblieben sei bzw. ebenso mit der Z 3, wonach noch andere schwerwiegende Gründe bestünden, die den Widerruf sachlich rechtfertigen würden, begründet. Da der Antragsgegner auf den mündlichen Informationswunsch der Antragstellerin nach Darlegung der den Widerruf auslösenden Gründe nicht reagiert habe und auch einer entsprechenden schriftlichen Anfrage der anwaltlichen Vertretung nicht nachgekommen sei, bestehe aus Sicht der Antragstellerin der Verdacht, dass der Widerruf nicht aus sachlich gerechtfertigten schwerwiegenden Gründen, sondern nur zu dem Zweck, eine neuerliche Ausschreibung zu ermöglichen, erfolgt sei, um der Antragstellerin nicht als Best- und Billigstbieterin den Zuschlag erteilen zu müssen. Weiters bestehe der Verdacht, dass das allenfalls erfolgte Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin oder des Angebotes des weiteren Bieters willkürlich aus dem Grunde erfolgt sei, um die Ausschreibung widerrufen zu können. In dem an die Antragstellerin

gerichteten Schreiben vom 25.10.2005 sei der Auftraggeber vom Vorliegen eines Ermessenswiderrufsgrundes iSd Paragraph 105, Absatz 2, BVergG 2002 ausgegangen und habe dies mit Ziffer 2,, wonach nur ein Angebot nach Ausscheiden übrig geblieben sei bzw. ebenso mit der Ziffer 3,, wonach noch andere schwerwiegende Gründe bestünden, die den Widerruf sachlich rechtfertigen würden, begründet. Da der Antragsgegner auf den mündlichen Informationswunsch der Antragstellerin nach Darlegung der den Widerruf auslösenden Gründe nicht reagiert habe und auch einer entsprechenden schriftlichen Anfrage der anwaltlichen Vertretung nicht nachgekommen sei, bestehe aus Sicht der Antragstellerin der Verdacht, dass der Widerruf nicht aus sachlich gerechtfertigten schwerwiegenden Gründen, sondern nur zu dem Zweck, eine neuerliche Ausschreibung zu ermöglichen, erfolgt sei, um der Antragstellerin nicht als Best- und Billigstbieterin den Zuschlag erteilen zu müssen. Weiters bestehe der Verdacht, dass das allenfalls erfolgte Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin oder des Angebotes des weiteren Bieters willkürlich aus dem Grunde erfolgt sei, um die Ausschreibung widerrufen zu können.

Die Antragstellerin sei in ihrem subjektiven Recht auf Einhaltung der Vergabevorschriften, insbesondere auf Nichtausscheiden vom Vergabeverfahren und auf Erteilung des Zuschlages als Best- und Billigstbieterin verletzt.

Es sei zu besorgen, dass der Antragsgegner eine neuerliche Ausschreibung unter geänderten Bedingungen vorsehe, nach denen die Antragstellerin nicht mehr am Ausschreibungsverfahren teilnehmen könne. Darüber hinaus sei zu befürchten, dass der Antragsgegner allenfalls überhaupt keine Neuausschreibung des gegenständlichen Vergabeverfahrens durchführt, sondern auf die Ausschreibung verzichtet.

Neben umfangreichen Projektvorarbeiten, welche mit ca. Euro 45.000,-- zu bewerten seien, sowie Aufwandskosten in Höhe von ca. Euro 1.000,-- für Material zur Planerstellung und Unterlagenanfertigung, habe die Antragstellerin mit dem Antragsgegner bereits einen Prototyp einer mobilen Trinkwasseraufbereitungsanlage nach den konkreten Vorgaben des gegenständlichen Vergabeverfahrens entwickelt und befinde sich dieser bereits in Bau. Die Kosten für die Entwicklung und Herstellung dieses Prototyps würden bis dato ca Euro 40.000,-- betragen, bis zur Fertigstellung sei mit Kosten von insgesamt Euro 350.000,-- zu rechnen. Bei Verlust des gegenständlichen Zuschlags drohe der Antragstellerin ein entgangener Gewinn, der auf Basis der 11 Stück ausgeschriebenen Trinkwasseraufbereitungsanlagen mit Euro 673.427,-- zu beziffern sei. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin durch den Verlust dieses Referenzprojektes ein derzeit noch nicht bezifferbarer Schaden.

Die Rechtsabteilung des Bundesministeriums für Landesverteidigung (BMLV) übermittelte mittels Schriftsätzen vom 25.11.2005 und 29.11.2005 Stellungnahmen zu den vorgebrachten Rechtswidrigkeiten im Nachprüfungsantrag und legte fristgerecht den Vergabeakt vor. Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren sei die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung. Als vergebende Stelle fungiere die Kaufmännische Abteilung, eine nachgeordnete Dienststelle des BMLV im Amt für Rüstung und Wehrtechnik. Der geschätzte Auftragswert (exkl. USt) betrage Euro 4.912.000,00--. Das Vorhaben sei ein Einzelprojekt.

Die gegenständliche Ausschreibung sei am 25.10.2005 widerrufen worden. Die Verständigung der Bieter sei mittels eingeschriebenen Briefes erfolgt, weiters sei der Widerruf in derselben Form erfolgt wie die Ausschreibung.

Inhaltlich führte der Auftraggeber aus, dass das Angebot der Antragstellerin in Punkt 2.1.3.1 die Angabe enthielte, dass die Trinkwasseraufbereitungsanlage in einen Container 1 CC eingebaut werde, die Ausschreibung jedoch als MUSS-Forderung einen Container 1 C fordere. Ein 1 CC Container sei um ca. 10 cm (1/2 Fuß) höher als ein 1 C Container. Da die Antragstellerin kein der Ausschreibung entsprechendes Angebot gelegt habe, habe er das Angebot der Antragstellerin ausscheiden müssen.

In ihrer Replik vom 7.12.2005 brachte die Antragstellerin ergänzend im Wesentlichen vor, dass dieser Mangel, der angeblich zu einer Ausscheidung geführt habe, von vornherein jedenfalls verbesserungsfähig und behebbar gewesen sei und von der Antragstellerin auch rechtzeitig behoben worden sei.

In der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2005, in welcher der Auftraggeber von der Finanzprokurator vertreten war, gab der Geschäftsführer der Antragstellerin an, dass die Antragstellerin nur ein Angebot abgegeben habe. Er bestätigte, dass das Angebot in Pkt. 2.1.3.1 beinhalte, dass die TWA/physik in einen 1CC-Container eingebaut werde. Die Antragstellervertreterin brachte hierzu ergänzend vor, dass die Antragstellerin die Erfüllung der Mussforderung zu 2.1.3.1 mit "J" angekreuzt, in den Erläuterungen unter Pkt. 11 jedoch festgehalten habe, dass die Lieferung auch in einem Container 1CC möglich wäre. Diese Erläuterung hätte sich deshalb ergeben, weil aus technischer Sicht in Zusammenschau mit den übrigen Ausschreibungsbedingungen der Einbau in einen 1CC-Container technisch

vorteilhafter wäre. Aus rechtlicher Sicht sei ein Alternativangebot vorgelegen, das gemäß § 97 BVergG 2002 verpflichtend zu einem Aufklärungsersuchen durch den Auftraggeber führen hätte müssen, sofern dies die Antragstellerin nicht ohnedies aus Eigenem aufgeklärt hätte. Das Hauptangebot und das Alternativangebot seien in einem abgegeben worden. Der inhaltliche Widerspruch von Punkt 11 der Erläuterung mit der ausdrücklichen Bestätigung des Vorliegens eines 1C-Containers durch den Buchstaben "J" im Angebot, sei kein sofortiger Ausscheidensgrund, da kein offensichtlicher Mangel vorliege. In der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2005, in welcher der Auftraggeber von der Finanzprokurator vertreten war, gab der Geschäftsführer der Antragstellerin an, dass die Antragstellerin nur ein Angebot abgegeben habe. Er bestätigte, dass das Angebot in Pkt. 2.1.3.1 beinhalte, dass die TWA/physik in einen 1CC-Container eingebaut werde. Die Antragstellervertreterin brachte hierzu ergänzend vor, dass die Antragstellerin die Erfüllung der Mussforderung zu 2.1.3.1 mit "J" angekreuzt, in den Erläuterungen unter Pkt. 11 jedoch festgehalten habe, dass die Lieferung auch in einem Container 1CC möglich wäre. Diese Erläuterung hätte sich deshalb ergeben, weil aus technischer Sicht in Zusammenschau mit den übrigen Ausschreibungsbedingungen der Einbau in einen 1CC-Container technisch vorteilhafter wäre. Aus rechtlicher Sicht sei ein Alternativangebot vorgelegen, das gemäß Paragraph 97, BVergG 2002 verpflichtend zu einem Aufklärungsersuchen durch den Auftraggeber führen hätte müssen, sofern dies die Antragstellerin nicht ohnedies aus Eigenem aufgeklärt hätte. Das Hauptangebot und das Alternativangebot seien in einem abgegeben worden. Der inhaltliche Widerspruch von Punkt 11 der Erläuterung mit der ausdrücklichen Bestätigung des Vorliegens eines 1C-Containers durch den Buchstaben "J" im Angebot, sei kein sofortiger Ausscheidensgrund, da kein offensichtlicher Mangel vorliege.

Der Auftraggebervertreter erwiderte, dass entgegen der Darstellung der Antragstellervertreterin, der Antragsteller dezidiert einen Container der Größe 1CC angeboten habe, der den Musskriterien nicht entspreche. Die jetzige Darstellung, dass das Angebot in Einem als Haupt- und Alternativangebot zu qualifizieren sei, würde ebenfalls ein zwingendes Ausscheiden nach sich ziehen, da einerseits ein Alternativangebot jedenfalls nur neben einem vollständigen Hauptangebot zulässig wäre und andererseits auch das Alternativangebot ein vollständiges Angebot sein müsse, sodass nach der nunmehrigen Darstellung der Antragstellervertreterin sowohl ein unvollständiges Haupt- als auch ein unvollständiges Alternativangebot, welche beide auszuschneiden wären, vorliegen. Weiters wäre es nicht zulässig gewesen, im offenen Verfahren das auf einen Container 1CC lautende Angebot im Wege von Aufklärungen, welche in Wahrheit Verhandlungen über den Angebotsinhalt gewesen wären, in ein auf einen Container 1C lautendes Angebot abzuändern.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG. Dem Vergabeverfahren liegt ein Lieferauftrag iSd § 2 BVergG zugrunde. Der geschätzte Auftragswert (exkl. USt) beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 4.912.000,00---. Damit ist das gegenständliche Vergabeverfahren jedenfalls dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Dem Vergabeverfahren liegt ein Lieferauftrag iSd Paragraph 2, BVergG zugrunde. Der geschätzte Auftragswert (exkl. USt) beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 4.912.000,00---. Damit ist das gegenständliche Vergabeverfahren jedenfalls dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

II. Zulässigkeit eines auf Nichtigerklärung des Widerrufs der Ausschreibung gerichteten Nachprüfungsantrages:römisch zwei. Zulässigkeit eines auf Nichtigerklärung des Widerrufs der Ausschreibung gerichteten Nachprüfungsantrages:

Im Urteil vom 2. Juni 2005, C-15/04 (Koppensteiner GmbH. gegen Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H) ging der Europäische Gerichtshof unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung [vgl. EuGH 4.3.1999, C-258/97 (Hospital Ingenieure, Krankenhaustechnikplanungs-Gesellschaft m.b.H. (HI))] davon aus, dass es sich beim Widerruf einer Ausschreibung um eine Entscheidung des Auftraggebers handelt, die im Nachprüfungsverfahren überprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden können muss. Ist es einem Bieter nach nationalem Recht - selbst bei gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation - nicht möglich, eine Widerrufsentscheidung mit der Begründung anzufechten, dass sie gegen Gemeinschaftsrecht verstößt und aus diesem Grund die Aufhebung zu verlangen, so genügt das nationale Recht nicht den Anforderungen der Artikel 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 lit.b der RL 89/665 EWG. Diese Bestimmungen der genannten Richtlinie sind unbedingt und hinreichend genau, um ein Recht für den Einzelnen zu

begründen, auf das sich dieser gegebenenfalls gegenüber der Vergabebehörde berufen kann. Das zuständige Gericht ist daher verpflichtet, die nationalen Vorschriften unangewendet zu lassen, die es daran hindern, die Verpflichtungen aus den genannten Bestimmungen zu beachten. Im Urteil vom 2. Juni 2005, C-15/04 (Koppensteiner GmbH. gegen Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H) ging der Europäische Gerichtshof unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung [vgl. EuGH 4.3.1999, C-258/97 (Hospital Ingenieure, Krankenhaustechnikplanungs-Gesellschaft m.b.H. (HI))] davon aus, dass es sich beim Widerruf einer Ausschreibung um eine Entscheidung des Auftraggebers handelt, die im Nachprüfungsverfahren überprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden können muss. Ist es einem Bieter nach nationalem Recht - selbst bei gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation - nicht möglich, eine Widerrufsentscheidung mit der Begründung anzufechten, dass sie gegen Gemeinschaftsrecht verstößt und aus diesem Grund die Aufhebung zu verlangen, so genügt das nationale Recht nicht den Anforderungen der Artikel 1 Absatz eins und 2 Absatz eins, Litera b, der RL 89/665 EWG. Diese Bestimmungen der genannten Richtlinie sind unbedingt und hinreichend genau, um ein Recht für den Einzelnen zu begründen, auf das sich dieser gegebenenfalls gegenüber der Vergabebehörde berufen kann. Das zuständige Gericht ist daher verpflichtet, die nationalen Vorschriften unangewendet zu lassen, die es daran hindern, die Verpflichtungen aus den genannten Bestimmungen zu beachten.

Dies führt im vorliegenden Fall dazu, dass die Z 13 des § 20 BVergG 2002 (mit ihrer Systematik der Teilung in gesondert anfechtbare und nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen) hier unangewendet zu lassen ist, um die Rechte, die das Gemeinschaftsrecht dem Einzelnen einräumt, zu schützen. Davon ausgehend, ist im gegenständlichen Verfahren die Entscheidung des Auftraggebers, die Ausschreibung zu widerrufen, als eine "Entscheidung" gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 des Auftraggebers anzusehen. Dies führt im vorliegenden Fall dazu, dass die Ziffer 13, des Paragraph 20, BVergG 2002 (mit ihrer Systematik der Teilung in gesondert anfechtbare und nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen) hier unangewendet zu lassen ist, um die Rechte, die das Gemeinschaftsrecht dem Einzelnen einräumt, zu schützen. Davon ausgehend, ist im gegenständlichen Verfahren die Entscheidung des Auftraggebers, die Ausschreibung zu widerrufen, als eine "Entscheidung" gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 des Auftraggebers anzusehen.

In diesem Sinne ist es dem Antragsteller möglich, den Widerruf der Ausschreibung nach Ende der Angebotsfrist zu bekämpfen (vgl. BVA 20.7.2005, 04N-01/05-28). Ebenso kann im gegenständlichen Verfahren gemäß § 163 Abs. 1 BVergG ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung der Widerrufsentscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. In diesem Sinne ist es dem Antragsteller möglich, den Widerruf der Ausschreibung nach Ende der Angebotsfrist zu bekämpfen (vergleiche BVA 20.7.2005, 04N-01/05-28). Ebenso kann im gegenständlichen Verfahren gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung der Widerrufsentscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

II. Zu Spruchpunkt 1:römisch zwei. Zu Spruchpunkt 1:

Gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Gemäß § 21 Abs. 1 BVergG sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, zu vergeben. Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, zu vergeben.

Die Ausschreibungsunterlagen sehen in der Technischen Leistungsbeschreibung Trinkwasseraufbereitungsanlage physikalisch unter Punkt 2.1.3.1 folgende Muss-Forderung vor:

"2.1.3.1 Allgemeines

[...]

Die gesamte TWA/physik ist in einen 20 Fuß ISO 1 C-Container (8")

einzubauen.

[...]"

Die Antragstellerin gab in ihrem Angebot unter Punkt 2.1.3.1 der Technischen Leistungsbeschreibung im vorgesehenen Feld zwar ein "J" an, verwies aber auf den Zusatz 11 der Erläuterungen zur "Technischen Leistungsbeschreibung 4610/4-2", in welchem die Antragstellerin ausführt, dass aufgrund der umfangreichen Anlagentechnik die Anlage in einen 1 CC Container eingebaut werde. Wenngleich die Antragstellerin durch das Anführen des Buchstabens "J" zwar bestätigt, die technische Spezifikation zu erfüllen, nimmt sie diese Bestätigung jedoch dadurch wieder zurück, als sie im Zusatz 11 der oben angeführten Erläuterungen ausdrücklich und unmissverständlich angibt, dass die Anlage aufgrund der umfangreichen Anlagentechnik in einen 1 CC Container eingebaut wird. Die von der Antragstellervertreterin nunmehr versuchte Deutung in die Richtung, dass die Erläuterung in Punkt 11 lediglich bedeutet habe, dass der Antragstellerin die Lieferung auch in einem Container 1 CC möglich wäre, vermag daran nichts zu ändern. Diese Interpretation ist mit der ausdrücklichen Angabe der Antragstellerin in ihrem Angebot, dass die Anlage in einen 1 CC Container eingebaut werde, nicht in Einklang zu bringen. Darüber hinaus bestätigte auch der Geschäftsführer der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2005, dass das Angebot in Punkt 2.1.3.1 beinhalte, dass die TWA/physik in einen 1 CC-Container eingebaut werde.

Im Übrigen ist davon auszugehen, dass ein Bieter, der ein Angebot legt, in aller Regel davon ausgeht, dass sein Angebot die vorgegebenen Musskriterien erfüllt und er dies in Folge dessen auch mit "J" bestätigt. Allein aufgrund dieser "Bestätigung" durch den Bieter kann jedoch noch nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass das Angebot auch tatsächlich den Musskriterien entspricht.

Auch aus den Ausführungen der Antragstellerin in ihrem Fax vom 15.9.2005, ergibt sich eindeutig, dass sie in ihrem Angebot, datiert mit 12.8.2005, keine Lieferung in einem 1 C Container angeboten hat. In ihrem Fax vom 15.9.2005 räumt die Antragstellerin nämlich selbst ein, dass sie nicht die Ausführung in einem 1 C-Container, sondern die Ausführung in einem 1 CC-Container angeboten hat. Dies ergibt sich eindeutig daraus, dass die Antragstellerin die - alternative - Ausführung der Containeranlage als 1 CC-Container vorgeschlagen, somit angeboten und gleichzeitig angegeben hat, jedoch auch die Anlage in einem 1 C Container liefern zu können. Daraus folgt, dass die Antragstellerin nunmehr erst nachträglich - und damit nach Angebotsöffnung - die Lieferung in einem 1 C Container mit innen eingebauter Klimaanlage angeboten hat. Dies findet seine Bestätigung auch einerseits in der im Fax vom 15.9.2005 dokumentierten Bereitschaft, detaillierte Unterlagen für die - ursprünglich nicht angebotene - 1 C Containerausführung nachzuliefern, andererseits in dem Hinweis, dass der Angebotspreis für beide Varianten gelte.

Des Weiteren hat die Antragstellerin durch die Angabe eines "J" unter Punkt 2.1.13 keineswegs bestätigt, die TWA/physik auch im 1 C Container mit innen eingebauter Klimaanlage liefern zu können, sondern mit der Faxmitteilung vom 15.9.2005 vielmehr keine Zweifel gelassen, dass sie die Anlage in einem 1 CC-Container liefern wird. Ein von der Antragstellerin reklamiertes Aufklärungsersuchen durch den Auftraggeber wäre im Hinblick auf den eindeutigen Inhalt ihres Faxes vom 15.9.2005 nicht mehr erforderlich gewesen.

Gemäß § 169 Abs. 1 Z 1 lit a leg.cit. sind Anträge auf Nachprüfung betreffend Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich beim Bundesvergabeamt im offenen Verfahren hinsichtlich der Ausschreibung spätestens 14 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Die Antragstellerin hat es unterlassen, einen solchen Antrag fristgerecht zu stellen. Gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, leg.cit. sind Anträge auf Nachprüfung betreffend Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich beim Bundesvergabeamt im offenen Verfahren hinsichtlich der Ausschreibung spätestens 14 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Die Antragstellerin hat es unterlassen, einen solchen Antrag fristgerecht zu stellen.

Mangels fristgerechter Anfechtung haben daher bisherige Entscheidungen des Auftraggebers, wie die Ausschreibung einschließlich der Festlegung der Zuschlagskriterien, Bestandkraft erlangt. Das bedeutet für den Auftraggeber, dass

dieser insbesondere in Folge des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 21 BVergG) nicht nachträglich von den von ihm aufgestellten Bedingungen abweichen darf. Alle Bieter müssen nämlich darauf vertrauen können, dass "der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält" (BVA 30.09.2002, N-41/02-27, RPA 2002, 293, oder BVA 05.06.2003, 12N-32/03-17. In diesem Sinne auch EuGH 22.06.1993 Rs C-243/89, Brücke über den Storebaelt Rz 37 und 39 und EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien Rz 27 und 35, hinsichtlich der Zuschlagskriterien siehe SA des GA Lenz 12.09.1995, Rs C-87/94 Kommission/Belgien Rz 60). Die Bindung des Auftraggebers an die eigenen Festlegungen ist auch in § 91 Abs. 1 BVergG manifestiert, wonach der Auftraggeber die Prüfung der Angebote nach den in der Ausschreibung oder Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien vornehmen muss (BVA vom 18. August 2003, 10N-60/03-26). Mangels fristgerechter Anfechtung haben daher bisherige Entscheidungen des Auftraggebers, wie die Ausschreibung einschließlich der Festlegung der Zuschlagskriterien, Bestandskraft erlangt. Das bedeutet für den Auftraggeber, dass dieser insbesondere in Folge des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Paragraph 21, BVergG) nicht nachträglich von den von ihm aufgestellten Bedingungen abweichen darf. Alle Bieter müssen nämlich darauf vertrauen können, dass "der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält" (BVA 30.09.2002, N-41/02-27, RPA 2002, 293, oder BVA 05.06.2003, 12N-32/03-17. In diesem Sinne auch EuGH 22.06.1993 Rs C-243/89, Brücke über den Storebaelt Rz 37 und 39 und EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien Rz 27 und 35, hinsichtlich der Zuschlagskriterien siehe SA des GA Lenz 12.09.1995, Rs C-87/94 Kommission/Belgien Rz 60). Die Bindung des Auftraggebers an die eigenen Festlegungen ist auch in Paragraph 91, Absatz eins, BVergG manifestiert, wonach der Auftraggeber die Prüfung der Angebote nach den in der Ausschreibung oder Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien vornehmen muss (BVA vom 18. August 2003, 10N-60/03-26).

Gemäß § 83 Abs. 4 Z 2 BVergG erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Annahme des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Gemäß Paragraph 83, Absatz 4, Ziffer 2, BVergG erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Annahme des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

Die Entscheidung, welche Leistungen der Auftraggeber zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben braucht und welche Leistung oder Menge dafür nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit am besten geeignet ist, muss grundsätzlich dem Auftraggeber überlassen bleiben. Sieht der Auftraggeber daher in seinen Ausschreibungsunterlagen als Muss-Kriterium vor, dass die gesamte TWA/physik in einen 20 Fuß ISO 1 C-Container (8") einzubauen ist, so hat sich gemäß 81 Abs. 1 BVergG der Bieter, sofern nicht ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, bei der Erstellung des Angebotes an diese Ausschreibungsbedingung zu halten. Die Entscheidung, welche Leistungen der Auftraggeber zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben braucht und welche Leistung oder Menge dafür nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit am besten geeignet ist, muss grundsätzlich dem Auftraggeber überlassen bleiben. Sieht der Auftraggeber daher in seinen Ausschreibungsunterlagen als Muss-Kriterium vor, dass die gesamte TWA/physik in einen 20 Fuß ISO 1 C-Container (8") einzubauen ist, so hat sich gemäß 81 Absatz eins, BVergG der Bieter, sofern nicht ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, bei der Erstellung des Angebotes an diese Ausschreibungsbedingung zu halten.

Auch das Vorbringen der Antragstellervertreterin, die Antragstellerin habe durch den Zusatz 11 der Erläuterungen neben dem Hauptangebot ein Alternativangebot abgegeben, wobei jedoch das Hauptangebot und das Alternativangebot in Einem angeboten worden wären, vermag nicht zu überzeugen:

Ein Alternativangebot muss ausdrücklich als solches gekennzeichnet werden, was jedoch nicht erfolgt ist (§ 81 Abs. 4 BVergG; vgl. VKS Wien vom 2.8.2001, K 473/01). Die Qualifizierung eines Angebotes als Alternativangebot kommt zudem nur dann in Betracht, wenn aus einer Erklärung des Bieters oder der äußeren Gestalt des Angebotes erkennbar ist, dass der Bieter ein Alternativangebot abgeben wollte (vgl. § 81 Abs. 4, 4. S) (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005], § 20 Z 1 Rz 15). Davon abgesehen, könnte jedoch eine derartige alternative Ausführung der Containeranlage nicht einmal in einem Alternativangebot angeboten werden, da ein solches - das gemäß Punkt A.4 der Ausschreibungsunterlagen nur neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot zulässig ist - ebenfalls alle MUSS- und MUSS*-Kriterien zu erfüllen hat. Dies

ist aber im gegenständlichen Fall gar nicht von Relevanz, da der Geschäftsführer der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2005 selbst bestätigte, dass die Antragstellerin ohnedies nur einziges Angebot abgegeben hat. Ein Alternativangebot muss ausdrücklich als solches gekennzeichnet werden, was jedoch nicht erfolgt ist (Paragraph 81, Absatz 4, BVergG; vergleiche VKS Wien vom 2.8.2001, K 473/01). Die Qualifizierung eines Angebotes als Alternativangebot kommt zudem nur dann in Betracht, wenn aus einer Erklärung des Bieters oder der äußeren Gestalt des Angebotes erkennbar ist, dass der Bieter ein Alternativangebot abgeben wollte (vergleiche Paragraph 81, Absatz 4, S) (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005], Paragraph 20, Ziffer eins, Rz 15). Davon abgesehen, könnte jedoch eine derartige alternative Ausführung der Containeranlage nicht einmal in einem Alternativangebot angeboten werden, da ein solches - das gemäß Punkt A.4 der Ausschreibungsunterlagen nur neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot zulässig ist - ebenfalls alle MUSS- und MUSS*-Kriterien zu erfüllen hat. Dies ist aber im gegenständlichen Fall gar nicht von Relevanz, da der Geschäftsführer der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2005 selbst bestätigte, dass die Antragstellerin ohnedies nur einziges Angebot abgegeben hat.

Zu den Ausführungen der Antragstellerin, der Mangel, der zum Ausscheiden ihres Angebotes geführt habe, sei jedenfalls verbesserungsfähig und daher ein behebbarer Mangel, der überdies von der Antragstellerin auch rechtzeitig behoben worden sei, ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 96 Abs. 1 leg.cit darf während eines offenen oder nicht offenen Verfahrens mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden. Gemäß Paragraph 96, Absatz eins, leg.cit darf während eines offenen oder nicht offenen Verfahrens mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.

Für das offene und für das nicht offene Verfahren wird somit ein Absolutes Verhandlungsverbot normiert. Verboten sind Änderungen des Angebotes jeglicher Art (der Preise, des Leistungsgegenstandes, des Leistungsumfanges, der technischen und rechtlichen Bedingungen für die Leistungserbringung etc) nach der Angebotsöffnung. Dieses strikte Verhandlungsverbot ist eine Konkretisierung der Gebote der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs in § 21 Abs. 1 und bedeutet ein Verbot der Änderung des Angebotes (vgl. Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 96 Rz 2ff). Für das offene und für das nicht offene Verfahren wird somit ein Absolutes Verhandlungsverbot normiert. Verboten sind Änderungen des Angebotes jeglicher Art (der Preise, des Leistungsgegenstandes, des Leistungsumfanges, der technischen und rechtlichen Bedingungen für die Leistungserbringung etc) nach der Angebotsöffnung. Dieses strikte Verhandlungsverbot ist eine Konkretisierung der Gebote der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs in Paragraph 21, Absatz eins und bedeutet ein Verbot der Änderung des Angebotes (vergleiche Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 96, Rz 2ff).

Zudem verkennt die Antragstellerin, dass gravierende formale und inhaltliche Mängel sowie unverbindliche Angebote sofort auszuschneiden sind (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037).

Da das Angebot der Antragstellerin, wie vorstehend dargelegt, eine MUSS-Forderung nicht erfüllt, steht es im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen und wäre daher gemäß § 98 Z 8 BVergG auszuschneiden gewesen. Da das Angebot der Antragstellerin, wie vorstehend dargelegt, eine MUSS-Forderung nicht erfüllt, steht es im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen und wäre daher gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG auszuschneiden gewesen.

Antragslegitimation der Antragstellerin:

Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und der hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof und dem folgend, das Bundesvergabeamt, bereits wiederholt ausgesprochen haben - die Antragslegitimation iSv § 163 Abs. 1 BVergG 2002 zu verneinen (vgl. VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26). Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und der hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof und dem folgend, das Bundesvergabeamt, bereits wiederholt ausgesprochen haben - die Antragslegitimation iSv Paragraph 163, Absatz eins, BVergG 2002 zu verneinen (vergleiche VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26).

Die Nichterfüllung des Muss-Kriteriums gemäß Punkt 2.1.3.1 der Ausschreibungsunterlagen war auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 15.12.2005. Der Antragstellerin wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur

Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen [vgl. EUGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005. 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030].

Dabei bestätigte der Geschäftsführer der Antragstellerin selbst, dass das Angebot der Antragstellerin in Punkt 2.1.3.1 beinhalte, dass die TWA/physik in einen 1 CC-Container eingebaut werde. Weiters bestätigte er, dass die Antragstellerin nur ein Angebot abgegeben hat.

Zu Spruchpunkt 2.

Gemäß § 74 Abs. 2 erster Satz AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten – abweichend von der allgemeinen Regelung des Abs. 1, wonach jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat – ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Bei § 177 Abs. 5 BVergG 2002 handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift iSd. § 74 Abs. 2 AVG, nach der einem Beteiligten (dem auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller im Nachprüfungsverfahren) ein Kostenersatzanspruch (Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren) gegen einen anderen Beteiligten (den Antragsgegner, das ist regelmäßig der Auftraggeber) zusteht. Gemäß Paragraph 74, Absatz 2, erster Satz AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten – abweichend von der allgemeinen Regelung des Absatz eins,, wonach jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat – ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Bei Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift iSd. Paragraph 74, Absatz 2, AVG, nach der einem Beteiligten (dem auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller im Nachprüfungsverfahren) ein Kostenersatzanspruch (Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren) gegen einen anderen Beteiligten (den Antragsgegner, das ist regelmäßig der Auftraggeber) zusteht.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde – in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid – auch über den gemäß § 74 Abs. 2 AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen zu entscheiden hat, ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedarf (vgl. VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; Thienel/Bratschovsky Gebührenersatz nach § 177 Abs. 5 BVergG – wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102ff; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-49, 17.5.2005, 04N-17/05-50; 19.5.2005, 06N-33/05-22; 20.5.2005, 17N-23/05-42 ua.). Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde – in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid – auch über den gemäß Paragraph 74, Absatz 2, AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen zu entscheiden hat, ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedarf vergleiche VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; Thienel/Bratschovsky Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG – wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102ff; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-49, 17.5.2005, 04N-17/05-50; 19.5.2005, 06N-33/05-22; 20.5.2005, 17N-23/05-42 ua.).

Gemäß § 177 Abs. 5 BVergG 2002 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Absatz eins, oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.

Für den am 21.11.2005 eingebrachten Antrag auf Nichtigerklärung des Widerrufs wurde vom Antragsteller nachweislich eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1.600,-- entrichtet. Wie sich aus dem Spruchpunkt 1 des gegenständlichen Bescheides ergibt, wurde der Antrag des Antragstellers zurückgewiesen. Es kann daher nicht von einem "teilweisen Obsiegen" des Antragstellers im Sinne von § 177 Abs. 5 leg. cit ausgegangen werden, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war. Für den am 21.11.2005 eingebrachten Antrag auf Nichtigerklärung des Widerrufs wurde vom Antragsteller nachweislich eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1.600,-- entrichtet. Wie sich aus dem Spruchpunkt 1 des gegenständlichen Bescheides ergibt, wurde der Antrag des Antragstellers zurückgewiesen. Es kann daher nicht von einem "teilweisen Obsiegen" des Antragstellers im Sinne von Paragraph 177, Absatz 5, leg. cit ausgegangen werden, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

Zu Spruchpunkt 3.

Gemäß § 177 Abs. 5 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Gegenstand des Ersatzanspruches nach Abs. 5 sind jedoch ausschließlich bereits entrichtete Pauschalgebühren für Nachprüfungs-,

Feststellungs- und Teilnahmeanträge sowie für Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Andere Aufwendungen wie beispielsweise Kosten anwaltlicher Vertretung fallen nicht unter diese Bestimmung (vgl. Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 177 Rz 13), weshalb der Antrag zurückzuweisen war. Gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG hat der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Absatz eins, oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Gegenstand des Ersatzanspruches nach Absatz 5, sind jedoch ausschließlich bereits entrichtete Pauschalgebühren für Nachprüfungs-, Feststellungs- und Teilnahmeanträge sowie für Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Andere Aufwendungen wie beispielsweise Kosten anwaltlicher Vertretung fallen nicht unter diese Bestimmung vergleiche Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 177, Rz 13), weshalb der Antrag zurückzuweisen war.

Dokumentnummer

VERGT_20051222_07N_112_05_28_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