

TE Verg Bescheid 2003/11/14 09N-100/03-19

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.11.2003

Norm

BVergG 2002 §98 Abs8

BVergG 2002 §162 Abs1

BVergG 2002 §162 Abs2

BVergG 2002 §165 Abs2

BVergG 2002 §177 Abs5

ABGB §880a

ABGB §914

ABGB §915

1. ABGB § 880a heute
2. ABGB § 880a gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBI. Nr. 69/1916
1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBI. Nr. 69/1916
1. ABGB § 915 heute
2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Wolfgang Pointner, sowie die Beisitzer Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite und Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Projektoren", der Auftraggeberin Republik Österreich vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH, 1020 Wien, Obere Donaustraße 63, wird dem Antrag der A***, 1040 Wien, vertreten durch X***, Rechtsanwälte, vom 29. September 2003, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, stattgegeben. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt römisch eins Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Projektoren", der

Auftraggeberin Republik Österreich vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH, 1020 Wien, Obere Donaustraße 63, wird dem Antrag der A***, 1040 Wien, vertreten durch X***, Rechtsanwälte, vom 29. September 2003, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, stattgegeben.

Rechtsgrundlage: §§ 162 Abs. 2 iVm 98 Abs. 8 BVergG 2002
Rechtsgrundlage: Paragraphen 162, Absatz 2, in Verbindung mit 98 Absatz 8, BVergG 2002;

§§ 880a, 914 und 915 ABGB Paragraphen 880 a, 914 und 915 ABGB

II.römisch zwei.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Projektoren", der Auftraggeberin Republik Österreich - vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH, 1020 Wien, Obere Donaustraße 63, wird dem Antrag der B***, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Y***, auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren, stattgegeben. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt römisch eins Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Projektoren", der Auftraggeberin Republik Österreich - vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH, 1020 Wien, Obere Donaustraße 63, wird dem Antrag der B***, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Y***, auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren, stattgegeben.

Rechtsgrundlage: §§ 162 Abs. 2 iVm 165 Abs. 2 BVergG 2002
Rechtsgrundlage: Paragraphen 162, Absatz 2, in Verbindung mit 165 Absatz 2, BVergG 2002

III.römisch drei.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Projektoren", der Auftraggeberin Republik Österreich - vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH, 1020 Wien, Obere Donaustraße 63, wird der Antrag der B***, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Y***, auf Rückerstattung der Verfahrenskosten in der gesetzlichen Höhe zu Händen des ausgewiesenen Rechtsvertreters der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution, zurückgewiesen. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt römisch eins Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Projektoren", der Auftraggeberin Republik Österreich - vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH, 1020 Wien, Obere Donaustraße 63, wird der Antrag der B***, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Y***, auf Rückerstattung der Verfahrenskosten in der gesetzlichen Höhe zu Händen des ausgewiesenen Rechtsvertreters der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution, zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 162 Abs. 1 iVm 177 Abs. 5 BVergG 2002
Rechtsgrundlage: Paragraphen 162, Absatz eins, in Verbindung mit 177 Absatz 5, BVergG 2002

Begründung

Die A***, vertreten durch X***, Rechtsanwälte, beantragte am 29. September 2003, das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 16.9.2003, der Firma B*** den Zuschlag zu erteilen, für nichtig erklären. Darüber hinaus beantragte die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend führte die Antragstellerin aus, dass sie in dem von der Antragsgegnerin durchgeführten Vergabeverfahren "Beschaffung von Projektoren", BBG-GZ: 34 00 000 54 (EU-weite Bekanntmachung vom 20.6.2003, veröffentlicht im Supplement zum Amtsblatt 2003/S 117- 104934) ausschreibungskonform ein Hauptangebot und drei Alternativangebote abgegeben hat.

Als Auftraggeber (Antragsgegnerin) wurde in der EU-weiten Bekanntmachung die Republik Österreich (Bund), als vergebende Stelle die Bundesbeschaffung GmbH angeführt. Der geschätzte Auftragswert beträgt gemäß EU-weiter Bekanntmachung EUR 700.000,--

.

Antragsbegründend führt die Antragstellerin das im Pflichtenheft enthaltene Bestbieterschema der gegenständlichen Ausschreibung an. Wesentlich sei in diesem Zusammenhang, dass die Antragsgegnerin in der Spalte "Kosten/TCO/Kategorie A" von der "Berechnung der Gesamtkosten" spricht und diese als "Kosten der Projektoren + Kosten für Zusatzdienstleistungen/-komponenten wie unten beschrieben" definiert. Diese Kostensumme, die auch

synonym mit dem Begriff "Beschaffungskosten" bezeichnet wird, dient nach den Angaben der Antragsgegnerin zur Ermittlung des Bestbieters.

Die Bestbieterermittlung wird weiters durch die Vorgabe von "angenommenen Idealwerten", "voraussichtlichen Abnahmemengen" und "Beschaffungskosten pro Position" exemplarisch konkretisiert.

Hinsichtlich der Kosten für die Anzahl der benötigten Lampen während der geschätzten Einsatzdauer (5.000 Stunden) ist die "garantierte Lebensdauer" maßgeblich. Dies ist auch aus Pkt. 1.4.2 des Pflichtenheftes abzuleiten: "Der Bieter hat die garantierte Lampenlebensdauer in Stunden anzugeben". Gemäß Fußnote 3 zu Pkt. 1.4.2 des Pflichtenheftes wird - sofern im Angebot nicht anderes angegeben wurde - für die Erstausrüstung von derselben garantierten Lebensdauer ausgegangen. Wird demnach eine Lampenlebensdauer von 5.000 Stunden garantiert, sind im Rahmen der Bewertung ausschließlich die Kosten für die Erstausrüstung maßgeblich.

Die Kosten für weitere Ersatzlampen, die über die von der Antragsgegnerin mit 5.000 Stunden angegebene Einsatzdauer hinausgehen, war zwar im Angebotsanschreiben der Bieter auszureisen, sind aber im Bewertungsschema gemäß Pkt. 5.3 des Pflichtenheftes nicht berücksichtigt.

Die Antragstellerin hat in ihrem Alternativangebot 1 eine Lampenlebensdauer von 5.000 Stunden garantiert.

Nach Durchführung der Angebotsöffnung am 4.8.2003 hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 11.8.2003 folgendes Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin gerichtet:

1. "2.Ziffer 2

Weiters wurde bei sämtlichen Geräten als garantierte Lampenlebensdauer 5000 Std angegeben. Auch hier geht aus den technischen Unterlagen eine Abweichung hervor.

Wie ersuchen um Mitteilung der tatsächlichen Lebensdauer."

Mit Schreiben vom 13.8.2003 bestätigte die Antragstellerin ihre Angebotsangaben dahingehend, dass sie 5.000 Stunden Lampenlebensdauer für die von ihr angebotenen Geräte garantiert.

Die Antragsgegnerin hat daraufhin das Alternativangebot 1 der Antragstellerin mit Schreiben vom 14.8.2003 ausgeschieden. Diese Entscheidung wurde damit begründet, dass eine gegenüber den Herstellerangaben höhere Garantiezeit angeboten wurde und "aufgrund einer vertieften Angebotsprüfung festgestellt wurde, dass für allfällige Garantieansprüche in der Kalkulation keine Vorsorge getroffen wurde", wodurch "ein spekulativer Preis" vorliege.

In Reaktion auf die Ausscheidensentscheidung bestätigt die Antragstellerin mit Schreiben vom 18.8.2003 erneut die von ihr garantierte Lampenlebensdauer von 5000 Stunden, legte zusätzlich die schriftliche Bestätigung einer Herstellergarantie über 4000 Stunden (Fa. C***) bei und wies weiters darauf hin, dass die Antragsgegnerin die Kalkulation der Antragstellerin mangels Vorlage der Kalkulationsunterlagen im Vergabeverfahren nicht überprüfen konnte.

Die Antragsgegnerin leitete daraufhin mit Schriftsatz vom 26.8.2003 ein Schlichtungsverfahren vor der Bundes-Vergabekontrollkommission gemäß § 159 Abs. 1 BVergG 2003 ein (S- 13/03). Die Antragsgegnerin leitete daraufhin mit Schriftsatz vom 26.8.2003 ein Schlichtungsverfahren vor der Bundes-Vergabekontrollkommission gemäß Paragraph 159, Absatz eins, BVergG 2003 ein (S- 13/03).

In der Schlichtungsverhandlung vom 3.9.2003 führt die Antragsgegnerin aus, dass sie am "Splitting der Garantie das spekulative Element - die unterschiedlichen Garantien von Fa. A*** und Fa. C***" störe. Eine nachgereichte Kalkulation bringe der Antragsgegnerin nichts.

Die Bundes-Vergabekontrollkommission erstattete einen Schlichtungsvorschlag, wonach die "Aufklärung von Unplausibilitäten im Angebot und deren Zulässigkeiten... in der Vergabeniederschrift nicht lückenlos nachvollziehbar" sind, "z.B. das Vorgehen bei der vertieften Angebotsprüfung. Es sind daher der Angebotsprüfungs- und Aufklärungsprozess zu vertiefen und nachvollziehbar zu dokumentieren". Der Schlichtungsvorschlag wurde angenommen.

Mit Schreiben vom 3.9.2003 teilte die Antragsgegnerin mit, dass die Ausscheidung des Alternativangebotes 1 der Antragstellerin aufgehoben wurde.

Mit Schreiben vom 4.9.2003 ersuchte die Antragsgegnerin um Aufklärung dahingehend, weshalb die Antragstellerin eine von den Herstellerangaben abweichende Garantie angeboten hat und ob bzw. in welcher Form diese Garantie in der Kalkulation berücksichtigt wurde.

Die Antragstellerin klärte mit Schreiben vom 5.9.2003 dahingehend auf, dass die tatsächliche Lebensdauer der angebotenen Lampen nach ihren Erfahrungswerten regelmäßig bei weitem über die Herstellerangaben hinausgeht. Sie verwies dabei außerdem auf den entscheidenden Umstand, dass der Hersteller (Fa. C***) selbst (abweichend von den Datenblättern) eine Garantie im Ausmaß von 4000 Stunden abgegeben hat und darüber hinaus der Antragstellerin einen Sonderpreis von EUR 64,- für den Fall des Lampenausfalls zwischen 4000 und 5000 Stunden gewährt. Hinsichtlich des gewährten Sonderpreises legte die Antragstellerin eine schriftliche Bestätigung des Herstellers vor.

Zur Frage der Berücksichtigung der Garantieverweiterung in der Kalkulation hat die Antragstellerin ausgeführt und durch Vorlage ihrer Kalkulation belegt, dass zusätzlich zum Preis der Projektoren (einschließlich Lampe) der vom Hersteller gewährte Sonderpreis für Ersatzlampen bei Ausfall zwischen 4000 und 5000 Stunden kalkulatorisch mit eingeschlossen wurde.

Mit Schreiben vom 12.9.2003 teilte die Antragsgegnerin mit, dass das Alternativangebot 1 der Antragstellerin gemäß § 98 Z 5 BVergG 2003 auszuscheiden ist. In der beigelegten Begründung stützte sich die Antragsgegnerin inhaltlich im Wesentlichen darauf, dass über die "tatsächliche Lampenlebensdauer" nicht aufgeklärt wurde. Selbst wenn über die tatsächliche Lampenlebensdauer aufgeklärt worden wäre, sei das Alternativangebot 1 wegen nichtplausibler Zusammensetzung des Preises oder als nicht zugelassenes wirtschaftliches Alternativangebot auszuscheiden. Mit Schreiben vom 12.9.2003 teilte die Antragsgegnerin mit, dass das Alternativangebot 1 der Antragstellerin gemäß Paragraph 98, Ziffer 5, BVergG 2003 auszuscheiden ist. In der beigelegten Begründung stützte sich die Antragsgegnerin inhaltlich im Wesentlichen darauf, dass über die "tatsächliche Lampenlebensdauer" nicht aufgeklärt wurde. Selbst wenn über die tatsächliche Lampenlebensdauer aufgeklärt worden wäre, sei das Alternativangebot 1 wegen nichtplausibler Zusammensetzung des Preises oder als nicht zugelassenes wirtschaftliches Alternativangebot auszuscheiden.

Die Antragstellerin erklärt, dass sie zu den Vorhalten der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17.9.2003 ausführlich Stellung nahm und hielt zusammenfassend fest, dass die Ausscheidung zu Unrecht erfolgt ist.

Mit Schreiben vom 16.9.2003 zugestellt am 18.9.2003 teilte die Antragsgegnerin mit, dass sie beabsichtigt, den Zuschlag an die Fa. B*** zu erteilen.

Weiters führt die Antragstellerin aus, dass die Antragsgegnerin in ihrem Schlichtungsersuchen vom 26. August 2003 selbst ausgeführt hat, dass die Entscheidung, ob das Alternativangebot 1 der Antragstellerin "gemäß § 98 Z 3 und Z 8 BVergG auszuscheiden ist oder nicht, einen wesentlichen Einfluss auf die Zuschlagsentscheidung hat". Weiters führt die Antragstellerin aus, dass die Antragsgegnerin in ihrem Schlichtungsersuchen vom 26. August 2003 selbst ausgeführt hat, dass die Entscheidung, ob das Alternativangebot 1 der Antragstellerin "gemäß Paragraph 98, Ziffer 3 und Ziffer 8, BVergG auszuscheiden ist oder nicht, einen wesentlichen Einfluss auf die Zuschlagsentscheidung hat".

Dies wird auch durch einen Vergleich der am 4. August 2003 verlesenen Angebotspreise bestätigt:

	Hauptangebot	Alternativangebot 1
	B***	Antragstellerin
Projektor mit mind. 1300 ANSI-Lumen gem. Pflichtenheft	EUR 1.165,--	EUR 1.160,--
Ersatzlampe für Projektor mit mind. 1300 ANSI-Lumen gem. Pflichtenheft	EUR 299,--	EUR 325,--
Deckenhalterung für Projektor (1300 ANSI-Lumen)	EUR 95,--	EUR 127,07
Projektor mit mind. 1800 ANSI-Lumen gem. Pflichtenheft	EUR 1.319,--	EUR 1.430,--

Ersatzlampe für Projektor mit mind. 1800 ANSI-Lumen gem. Pflichtenheft	EUR 299,--	EUR 325,--
Deckenhalterung für Projektor (1800 ANSI-Lumen)	EUR 95,--	EUR 127,07
Aufpreis Garantie 3 Jahre Bring-In gem. Pflichtenheft (Preis für alle drei Jahre)	EUR 0,--	EUR 0,--
Aufpreis Garantie 3 Jahre Pickup&return gem. Pflichtenheft (Preis für alle drei Jahre)	EUR 0,--	EUR 52,60
Rabattssatz	5/10%	17%

Wesentlich sei dabei laut Antragstellerin, dass die von der Antragstellerin angebotenen Projektorenlampen eine garantierte Lebensdauer von 5.000 Stunden aufweisen. Die im Angebot ausgewiesenen Preise für Ersatzlampen sind insofern in der Bewertung des Angebots der Antragsstellerin nicht mehr zu berücksichtigen.

Dem gegenüber sei davon auszugehen, dass hinsichtlich der von der Firma B*** angebotenen Lampen keine über die in den technischen Unterlagen enthaltenen Herstellerangaben hinausgehende Garantie abgegeben wurde.

Für die im Rahmen des Bewertungsschemas entscheidenden Gesamtbeschaffungskosten ergibt sich daher folgender Angebotsvergleich unter Heranziehung der Kosten für die Anzahl der benötigten Ersatzlampen:

Hauptangebot

B***

Anzahl	Position	Einheitspreis (EUR)	Summe (EUR)
80	Projektor 1300 ANSI (inkl. Kosten für Anzahl der benötigten Lampen während der geschätzten Einsatzdauer)	1.763,-- =1.165,-- + 2x299)	141.040,--
20	Deckenhalterung für Projektor (1300 ANSI-Lumen)	95,--	1.900,--
20	Aufpreis Garantie 3 Jahre Bring-In	0,--	0,--
60	Aufpreis Garantie Pickup&return	0,--	0,--
300	Projektor mit mind. 1800 ANSI-Lumen inkl. Kosten für Anzahl der benötigten Lampen während der geschätzten Einsatzdauer	1.618,-- (=1.319,-- + 299,--)	485.400,--
100	Deckenhalterung	95,--	9.500,--
20	Aufpreis Garantie 3 Jahre Bring-In	0,--	0,--
280	Aufpreis Garantie 3 Jahre Pickup&return	0,--	0,--
Gesamtbeschaffungskosten		637.840,--	

Alternativangebot 1

Antragstellerin

Anzahl	Position	Einheitspreis (EUR)	Summe (EUR)
80	Projektor 1300 ANSI (inkl. Kosten für Anzahl der benötigten Lampen	1.160,--	92.800,--

während der geschätzten Einsatzdauer)

20	Deckenhalterung für Projektor (1300	127,07	2.541,40
----	-------------------------------------	--------	----------

ANSI-Lumen)

20	Aufpreis Garantie 3 Jahre Bring-In	0,--	0,--
----	------------------------------------	------	------

60	Aufpreis Garantie Pickup&return	52,60	3.156,--	300	Projektor mit mind. 1800 ANSI-Lumen
	1.430,--	429.000,--			

inkl. Kosten für Anzahl der benötigten

Lampen während der geschätzten Einsatzdauer

100	Deckenhalterung	127,07	12.707,--
-----	-----------------	--------	-----------

20	Aufpreis Garantie 3 Jahre Bring-In	0,--	0,--
----	------------------------------------	------	------

280	Aufpreis Garantie 3 Jahre Pickup&return	52,60	14.728,--
-----	---	-------	-----------

Gesamtbeschaffungskosten	554.932,40
--------------------------	------------

Unter weiterer Berücksichtigung, dass die Antragstellerin gegenüber der Firma B*** auch einen wesentliche höheren Rabattsatz (17% statt 5 bzw. 10%) angeboten hat, bestehe kein Zweifel daran, dass entsprechend dem von der Antragsgegnerin festgelegten Bewertungsschema die Antragstellerin jedenfalls als Bestbieterin anzusehen sei.

Die Antragstellerin führt weiters aus, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten eines Mitbewerbers aus einer Reihe von Gründen vergabewidrig sei und daher vom Bundesvergabeamt für nichtig zu erklären wäre. Im Einzelnen werden folgende Punkte von der Antragstellerin releviert:

Die Antragstellerin hat ein ausschreibungskonformes Alternativangebot 1 gelegt. In der Schlichtungsverhandlung vom 3. September 2003 hat die Antragsgegnerin deutlich gemacht, dass sie an der von der Antragstellerin gewährten Garantie (5.000 Stunden Lampenlebensdauer) lediglich "das spekulative Element" störe, wobei sie auf die "unterschiedlichen Garantien von Firma A*** & Firma C***" verweist.

Dem entsprechend hat die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 4. September 2003 lediglich um Aufklärung über den Hintergrund der von den Herstellerangaben abweichenden Garantie sowie darüber ob bzw. in welcher Form diese Garantie in der Kalkulation berücksichtigt wurde, ersucht.

Die Antragstellerin führt dazu aus, dass sie den Spekulationsverdacht der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 5. September 2003 und unter Vorlage ihrer Kalkulation ausgeräumt habe.

Nach Ansicht der Antragsgegnerin sei zur "Überprüfung der Plausibilität des Angebotspreises für die ausschreibende Stelle in Kenntnis über die tatsächliche Lampenlebensdauer unerlässlich". Das Alternativangebot 1 sei auszuschneiden, da die Antragstellerin "einerseits die verlangte Aufklärung betreffend die tatsächliche Lampenlebensdauer unterlassen hat und die Behauptung, dass die Lampenlebensdauer der gegenständlichen Lampen regelmäßig bei weitem über die Herstellerangaben hinausgeht, einen nachvollziehbaren Begründung entbehrt".

Als Grundlage der Bewertung wurde jedenfalls in den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen eine Gebrauchsdauer von 5.000 Stunden angenommen. Dem entsprechend war gemäß Pkt. 1.4.2. des den Ausschreibungsunterlagen zu Grunde liegenden Pflichtenheftes von den Bietern die "garantierte Lampenlebensdauer in Stunden" anzugeben.

Die tatsächliche Lampenlebensdauer wurde in den Ausschreibungsunterlagen naturgemäß nicht abgefragt, da sie erst nach Gebrauch ermittelt werden kann. Alle vorher im Zuge der Angebotslegung gemachten Angaben können nur Schätzungen sein.

Die Antragstellerin führt weiters aus, dass nach der Judikatur des Bundesvergabeamtes der Auftraggeber strikt an seine Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen gebunden ist. Dies selbst dann, wenn diese Vorgaben unzumutbar oder sogar rechtswidrig sind (BVA 5. Juni 2003, 12N-32/03-15). Um so mehr muss von einer Bindung des Auftraggebers an die von ihm selbst festgelegten Ausschreibungsregeln ausgegangen werden, wenn diese - so wie hier - nicht rechtswidrig oder unzumutbar waren. Wenn die Antragsgegnerin nunmehr entgegen ihren eigenen

Ausschreibungsbestimmungen die Angabe der "tatsächlichen" anstelle der "garantierten" Lampenlebensdauer verlangt, so ist die Erfüllung dieser Anforderung - wie oben gezeigt - nicht nur unmöglich, sie widerspricht auch der Bindung der Antragsgegnerin an ihre eigenen Ausschreibungsbestimmungen.

Hinzu komme, dass die Antragsgegnerin in ihrem Schreiben vom 4. September 2003 lediglich um Aufklärung dahingehend ersucht hat, weshalb eine von den Herstellerangaben abweichende Garantie angeboten wurde und ob bzw. in welcher Form diese Garantie in der Kalkulation berücksichtigt wurde. Aufklärung über die "tatsächliche Lampenlebensdauer" wurde darin nicht verlangt.

Schließlich führt die Antragstellerin aus, dass sie ein ausschreibungskonformes Alternativangebot 1 gelegt habe und Ausscheidungsgründe hinsichtlich des Alternativangebotes 1 nicht vorlägen, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin somit rechtswidrig sei. Zum drohenden oder bereits eingetreten Schaden führt die Antragstellerin aus, dass Kosten in der Höhe von zumindest EUR 3.477,-- angefallen sind. Dazu kommt in weiterer Folge der Entgang des unternehmerischen Gewinns, der in der Höhe von EUR 18.620,-- durch die entgangene Chance auf Zuschlagserteilung droht.

In ihrem Schreiben vom 2. Oktober 2003 führt die Antragsgegnerin, Bundesbeschaffung GmbH, Obere Donaustraße 63, 1020 Wien, zum Nachprüfungsantrag der Antragstellerin aus, dass sie das Vorbringen der Antragstellerin bestreitet, insbesondere, dass die Ausscheidungsentscheidung betreffend das Alternativangebot 1 der Antragstellerin rechtswidrig gewesen sei.

Die Antragsgegnerin habe die Prüfung der Angebote gemäß §§ 90 ff BVergG gesetzeskonform durchgeführt und abgeschlossen und die B*** als Bestbieterin ermittelt. Für die Bestbieterermittlung wurden die Gesamtkosten des Gerätes über eine angenommene Einsatzdauer herangezogen (TCO - Ansatz). Die Antragsgegnerin habe die Prüfung der Angebote gemäß Paragraphen 90, ff BVergG gesetzeskonform durchgeführt und abgeschlossen und die B*** als Bestbieterin ermittelt. Für die Bestbieterermittlung wurden die Gesamtkosten des Gerätes über eine angenommene Einsatzdauer herangezogen (TCO - Ansatz).

Diese Einsatzdauer wurde keinesfalls willkürlich gewählt. Der ausschreibenden Stelle ist durchaus bekannt, dass Lampen verschiedener Hersteller oder Modelle eine unterschiedliche Lebensdauer aufweisen. Diese betragen je nach Lampe bis zu 5.000 Stunden; großteils werden jedoch Lampen mit einer Einsatzdauer von 1.500, 2.000 und 2.500 Stunden angeboten. In den technischen Datenblättern der Beamer-Hersteller werden in der Regel die so genannte "mittlere Lebensdauer" und die "garantierte Lebensdauer" angegeben. Die garantierte Lebensdauer laut Datenblätter übersteigt selbstverständlich nicht die mittlere Lebensdauer, bzw. ist der ausschreibenden Stelle kein Datenblatt bekannt, in der die garantierte Lebensdauer z.B. mit 5.000 Stunden und die durchschnittliche Lebensdauer mit 2.000 Stunden angegeben wird. Wäre dies der Fall, müsste entweder ein Druckfehler oder ein Irrtum des Herstellers angenommen werden.

Wie lange nun Beamer von den einzelnen abrufberechtigten Dienststellen tatsächlich eingesetzt werden, ist der BBG nicht bekannt und auch unerheblich. Für die Bewertung der Gesamtkosten des Gerätes musste daher eine durchschnittliche Einsatzdauer angenommen werden. Die Höhe der Einsatzdauer wurde selbstverständlich nicht willkürlich getroffen. Vielmehr lagen dieser Entscheidung folgende Annahmen zu Grunde:

* Geräte mit einer hohen garantierten Lampenlebensdauer sind in der Regel teurer als Geräte mit einer geringeren Lebensdauer. * Eine höhere garantierte Lampenlebensdauer ist prinzipiell ein Vorteil für die Kunden.

* Um eine Gleichbehandlung der Bieter zu erreichen, muss von der zum Zeitpunkt der Ausschreibung bekannten höchsten garantierten Lebensdauer handelsüblicher Lampen ausgegangen werden.

* Die Bewertungsmethode und die dabei angenommene Geräteeinsatzdauer von 5.000 Stunden ist den Bietern bekannt. Es steht daher jedem Bieter frei, bei Einsatz von Lampen mit einer maximalen Einsatzdauer von weniger als 5.000 Stunden, verbilligte Ersatzlampen anzubieten.

Wesentlich bei diesen Annahmen war auch, dass bei Beurteilung der Marktverhältnisse immer von den Werten gemäß den technischen Datenblättern ausgegangen wurde. Die ausschreibende Stelle ist niemals davon ausgegangen, dass Bieter eine Lampenlebensdauer garantieren könnten, welche die mittlere Lebensdauer übersteigt oder sogar eine

Lampenlebensdauer garantiert, welche niemals erreicht werden kann, ohne in grob fahrlässiger Weise die potenzielle Explosionsgefahr zu missachten.

Im technischen Fragenkatalog der Ausschreibung wurde sowohl die garantierte als auch die durchschnittliche Lampenlebensdauer der jeweils angebotenen Geräte abgefragt (Fragen 40/41 und 109/110).

Beide Fragen wurden seitens der Antragstellerin in allen Angeboten mit je 5.000 Stunden angegeben.

Für die von der Firma A*** angebotenen Geräte wurde eine Lebensdauer von 5.000 Stunden garantiert. Diese Angabe weicht von den Herstellerangaben (2.000 Stunden) gravierend ab. Mit Schreiben vom 11. August 2003 wurde Aufklärung verlangt, mit Schreiben vom 13. August 2003 beantwortete die Firma A*** nicht die gestellte Frage, sondern bestätigte die Garantie über 5.000 Stunden für alle Geräte.

Zur Überprüfung der Plausibilität des Angebotspreises ist für die ausschreibende Stelle die Kenntnis über die tatsächliche Lampenlebensdauer jedoch unerlässlich. In einem weiteren Aufklärungsschreiben vom 18. August 2003 begründete die Antragstellerin die garantierte Lebensdauer mit ihrer langjährigen Erfahrung. Die Frage nach der tatsächlichen Lebensdauer blieb nach wie vor unbeantwortet. Der Verweis auf die langjährige Erfahrung stellte keinesfalls die in § 98 Z 5 BVergG 2002 geforderte "nachvollziehbare Begründung" dar. Zur Überprüfung der Plausibilität des Angebotspreises ist für die ausschreibende Stelle die Kenntnis über die tatsächliche Lampenlebensdauer jedoch unerlässlich. In einem weiteren Aufklärungsschreiben vom 18. August 2003 begründete die Antragstellerin die garantierte Lebensdauer mit ihrer langjährigen Erfahrung. Die Frage nach der tatsächlichen Lebensdauer blieb nach wie vor unbeantwortet. Der Verweis auf die langjährige Erfahrung stellte keinesfalls die in Paragraph 98, Ziffer 5, BVergG 2002 geforderte "nachvollziehbare Begründung" dar.

A*** bot somit eine höhere Garantiezeit an als sie der mittleren Lampenlebensdauer laut Herstellerangaben (Firma C***) entspricht. Aufgrund der Angebotsprüfung wurde festgestellt, dass für allfällige Garantieansprüche in der Kalkulation keine Vorsorge getroffen wurde; es liegt daher nach Ansicht des Auftraggebers ein spekulativer Preis vor. Es wird offensichtlich davon ausgegangen, dass keine Garantiefälle eintreten. Das Alternativangebot 1 wurde daher nach § 98 Z 3 BVergG 2002 ausgeschieden. A*** bot somit eine höhere Garantiezeit an als sie der mittleren Lampenlebensdauer laut Herstellerangaben (Firma C***) entspricht. Aufgrund der Angebotsprüfung wurde festgestellt, dass für allfällige Garantieansprüche in der Kalkulation keine Vorsorge getroffen wurde; es liegt daher nach Ansicht des Auftraggebers ein spekulativer Preis vor. Es wird offensichtlich davon ausgegangen, dass keine Garantiefälle eintreten. Das Alternativangebot 1 wurde daher nach Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG 2002 ausgeschieden.

Die Unklarheit bezüglich der tatsächlichen Lampenlebensdauer bleibt ungeklärt, das Alternativangebot 1 ist somit § 98 Z 5 BVergG 2002 auszuscheiden, weil der Bieter einerseits die verlangte Aufklärung betreffend die tatsächliche Lampenlebensdauer unterlassen hat und andererseits die Behauptung, dass die Lampenlebensdauer der gegenständlichen Lampen regelmäßig bei weitem über die Herstellerangaben hinaus geht, einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Die Unklarheit bezüglich der tatsächlichen Lampenlebensdauer bleibt ungeklärt, das Alternativangebot 1 ist somit Paragraph 98, Ziffer 5, BVergG 2002 auszuscheiden, weil der Bieter einerseits die verlangte Aufklärung betreffend die tatsächliche Lampenlebensdauer unterlassen hat und andererseits die Behauptung, dass die Lampenlebensdauer der gegenständlichen Lampen regelmäßig bei weitem über die Herstellerangaben hinaus geht, einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt.

Wäre, laut Antragsgegnerin die Aufklärung in dem Sinne zu interpretieren, dass die Frage nach der tatsächlichen Lampenlebensdauer beantwortet worden sei (nämlich mit 5.000 Stunden), wäre das Angebot dennoch gemäß § 98 Z 3 BVergG wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Preises oder gemäß § 98 Z 8 BVergG, letzter Fall, als nicht zugelassenes Alternativangebot auszuscheiden. Wäre, laut Antragsgegnerin die Aufklärung in dem Sinne zu interpretieren, dass die Frage nach der tatsächlichen Lampenlebensdauer beantwortet worden sei (nämlich mit 5.000 Stunden), wäre das Angebot dennoch gemäß Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Preises oder gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG, letzter Fall, als nicht zugelassenes Alternativangebot auszuscheiden.

Seitens der BBG wird weiters ausgeführt, dass die Antragstellerin angibt, dass ihr der Hersteller eine Lampengarantie von 4.000 Stunden gewährt. Das Risiko für die Stunde 4.001 bis 5.000 übernimmt die Antragstellerin, wobei sie eine allfällige Ersatzlampe zum Vorzugspreis von EUR 64,- erhält. Die Antragstellerin hat diese EUR 64,- im Angebotspreis des Beamers inkludiert. Nachdem diese Ersatzlampe aber im Gerätepreis inkludiert ist, liegt ein wirtschaftliches

Alternativangebot vor, da der abrufberechtigte Nutzer eine Ersatzlampe beim Gerätekauf bezahlt, die er vielleicht niemals benötigt, weil das Gerät entweder nicht solange eingesetzt wird oder die Lampe durch Selbstverschulden ausfällt und der Nutzer dann eine Ersatzlampe ein zweites Mal bezahlen müsste. Der Kunde zahlt also für etwas, wofür der Bedarf nicht von vornherein angenommen werden kann.

Zu den durch die Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten bzw. Vergabeverstößen führt die Antragsgegnerin aus, dass sie selbstverständlich das spekulative Element, die Unplausibilität des Preises, die nicht genannte tatsächliche bzw. mittlere Lampenlebensdauer und die in keiner Weise verlangte Erweiterung der "Garantie", welche von den Kunden ja auch in irgend einer Form bezahlt werden muss, "stört".

Zur Behauptung der Antragstellerin, die von der Antragsgegnerin relevierte Unklarheit bzw. der angebliche Mangel einer "nachvollziehbaren Begründung" bezüglich der tatsächlichen Lampenlebensdauer sei unbegründet und könne keinen Ausscheidungsgrund darstellen, nimmt die Antragsgegnerin wie folgt Stellung:

Im technischen Fragenkatalog der Ausschreibung wurde sowohl die garantierte als auch die durchschnittliche Lampenlebensdauer der jeweils angebotenen Geräte abgefragt.

Beide Fragen wurden seitens der Antragsgegnerin in allen Angeboten mit je 5.000 Stunden angegeben.

Im Aufklärungsschreiben vom 13. August 2003 wurde in der Frage 2 der Begriff "tatsächliche Lampenlebensdauer" verwendet. Hier war selbstverständlich die mittlere oder durchschnittliche Lampenlebensdauer gemeint. Sämtliche Begriffe sind in der Branche durchaus üblich und allgemein gebräuchlich. Die Antragsgegnerin geht auch davon aus, dass die Antragstellerin die Aufklärungsfrage im gleichen Sinn verstanden hat. Andernfalls hätte die Antragsgegnerin vor oder im Zuge der Beantwortung der Aufklärung darauf hingewiesen, dass sie die Frage nicht verstehe und nicht beantworten könne. Sie hätte naturgemäß aber auch fragen können, ob mit tatsächlicher Lampenlebensdauer die mittlere Lebensdauer gemeint ist.

Wenn die Antragstellerin nun behauptet, die tatsächliche Lampenlebensdauer könne erst nach Gebrauch ermittelt werden, so mag dies für im Haushalt verwendete Glühlampen gelten, jedoch nicht für 150 Watt Hochdruck Quecksilber Lampen mit 1400 ANSI-Lumen. Von dem Gebrauch alter Lampen (Betriebszeit über 2.000 Stunden) wird vom Hersteller ausdrücklich gewarnt. Von wesentlicher Bedeutung ist auch, dass die Antragstellerin übersieht, dass nicht die Unklarheit bzw. der Mangel einer "nachvollziehbaren Begründung" bezüglich der tatsächlichen Lampenlebensdauer der primäre Ausscheidungsgrund ist, sondern die fehlende Aufklärung an sich.

Es wird daher von der BBG noch einmal darauf hingewiesen, dass mit Schreiben vom 13. August 2003 in Frage 2 Aufklärung über die "tatsächliche" (im Sinne von mittlerer) Lampenlebensdauer zu allen angebotenen Geräten verlangt wurde. Die Antragstellerin hat auf diese Frage inhaltlich nicht geantwortet.

In der Anfragebeantwortung spricht die Antragstellerin allgemein von einer garantierten Lampenlebensdauer. Die Frage nach der tatsächlichen (im Sinne von mittlerer) Lampenlebensdauer bezüglich aller angebotenen Geräte bleibt schlichtweg unbeantwortet. Die Diskrepanz zwischen den Herstellerangaben gemäß Datenblatt und der Beantwortung der Fragen 41 und 110 im Fragenkatalog der Ausschreibung konnte nicht ausgeräumt werden.

Weiters gibt die Antragsgegnerin bekannt, dass man auf der Internetseite des Herstellers folgenden Warnhinweis findet:

"verwenden sie alte Lampen nicht erneut - sie können explodieren".

Es liegt daher der begründete Verdacht nahe, dass weder die "garantierten" 4.000 Stunden des Herstellers noch die "garantierten" 5.000 Stunden der Antragstellerin stimmen. Laut Betriebshandbuch haben die Lampen nur eine begrenzte Lebensdauer von fast 2.000 Stunden, können platzen oder durchbrennen und sind daher nach spätestens 2.000 Stunden auszutauschen. Darüber hinaus und zur Sicherheit des Benutzers schaltet das Gerät nach 2 Stunden den Strom automatisch ab. Ein Wiedereinbau der Lampe nach Zurückstellen des Zählers wäre auf Grund der Herstellerangaben gefährlich, würde diesen auch von jeglicher Produkthaftung befreien und ist dem Nutzer allein schon auf Grund der damit verbundenen Haftung nicht zumutbar und wäre überdies verantwortungslos. Die Antragstellerin bietet daher eine "Garantie" an, die sie in nachvollziehbarer Weise technisch gar nicht anbieten kann (wirtschaftliche Alternativangebote sind gemäß Ausschreibungsbedingungen nicht zulässig).

Mit Schreiben vom 7. Oktober 2003 wird seitens der B***, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Y***, ein Antrag auf

Teilnahme an einem Nachprüfungsverfahren gestellt. Begründend gibt die Teilnahmeantragstellerin eine Kurzdarstellung des Sachverhalts wieder und führt weiters aus, dass sie ein renommiertes österreichisches Unternehmen sei, das u.a. österreichweit Verträge über die Lieferung von Projektoren der verschiedenen Leistungskategorien abschließt und abwickelt. Der Abschluss solcher Verträge erfolgt in Umsetzung des Gesellschaftszwecks der Teilnahmeantragstellerin. Sie hat ein ausschreibungsgemäßes Angebot gelegt. Dieses Angebot erwies sich im Zuge der Angebotsprüfung als das wirtschaftlich günstigste Angebot und überdies als jenes Angebot mit dem niedrigsten Preis. Der öffentliche Auftraggeber beabsichtigt daher in seiner Zuschlagsentscheidung der Teilnahmeantragstellerin als Bestbieterin den Zuschlag für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung "Beschaffung von Projektoren" zu erteilen.

Zum drohenden bzw. bereits eingetretenen Schaden gibt die Teilnahmeantragstellerin an, dass sie mit ihrem ausschreibungskonform gelegten Angebot Bestbieterin sei. Würde ihr in weiterer Folge der Zuschlag nicht erteilt werden, wäre der Schaden in Form des entgangenen unternehmerischen Gewinns in Höhe von EUR 20.000,-- anzusetzen.

Durch die bisherige Beteiligung der Teilnahmeantragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren sind ihr Angebotserstellungskosten sowie sonstige mit der Verfahrensteilnahme verbundene Kosten in Höhe von zumindest EUR 5.000 entstanden. Auch droht der Teilnahmeantragstellerin für den Fall, dass dem Nachprüfungsantrag statt gegeben wird, ein Schaden aus dem Fehlen eines bedeutenden Referenzauftrags.

Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin statt gibt, erachtet sich die Teilnahmeantragstellerin insbesondere in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung an das von ihr als Bestbieterin gelegte wirtschaftliche günstigste Angebot und in ihrem Recht auf Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen verletzt.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I.) Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:römisch eins.) Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Republik Österreich (Bund) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002. Mangels bisheriger Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung eines Nichtigerklärungsverfahrens gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 zuständig. Angefochten wird die gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung im Sinne des § 169 Abs. 1 Z 1 lit. c in Verbindung mit § 20 Z 13 lit. a sub. lit. aa BVergG 2002. Der Antrag wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des § 169 Abs. 1 Z 1 lit. c BVergG 2002 eingebracht, über die Einbringung des Nachprüfungsantrages wurde die Antragsgegnerin seitens der Antragstellerin gemäß § 163 Abs. 2 BVergG rechtzeitig informiert. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zuständig. Die Republik Österreich (Bund) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002. Mangels bisheriger Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung eines Nichtigerklärungsverfahrens gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 zuständig. Angefochten wird die gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung im Sinne des Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, in Verbindung mit Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, sub. lit. aa BVergG 2002. Der Antrag wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, BVergG 2002 eingebracht, über die Einbringung des Nachprüfungsantrages wurde die Antragsgegnerin seitens der Antragstellerin gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG rechtzeitig informiert. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zuständig.

II.) Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei.) Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

ad Spruch I:

Die Antragstellerin erachtet sich durch die Ausscheidensentscheidung der Antragsgegnerin vom 12. September 2003 in ihren Rechten verletzt. Da es sich dabei gemäß § 20 Z 13 lit. b BVergG 2002 um eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung handelt, kann sie nur mit der nächst folgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung, nämlich der Zuschlagsentscheidung gemäß § 20 Z 13 lit. a sub. lit. aa BVergG 2002, angefochten werden. Die Antragstellerin erachtet sich durch die Ausscheidensentscheidung der Antragsgegnerin vom 12. September 2003 in ihren Rechten verletzt. Da es sich dabei gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera b, BVergG 2002 um eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung handelt, kann sie nur mit der nächst folgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung, nämlich der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, sub. lit. aa BVergG 2002, angefochten werden.

Der Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen, Seite 3, Pkt. 1.4.2., lautet: "Der Bieter hat im Fragenkatalog die garantierte Lampenlebensdauer in Stunden anzugeben". "Für die Erstausrüstung (Lampe) wird - sofern im Angebot nichts anderes angegeben wurde - von derselben garantierten Lebensdauer ausgegangen".

Gemäß § 21 Abs. 1 BVergG sind Aufträge unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter zu vergeben. Darunter sind die Transparenz und der Vertrauensschutz auf die Angaben, die der Auftraggeber in seinen Bewertungsunterlagen macht, zu subsumieren. Dem freien und lauten Wettbewerb entspricht es jedenfalls, dass Bewerber und Bieter sich auf die vom Auftraggeber verfassten Unterlagen verlassen können, und auf die Vollständigkeit der gemachten Angaben vertrauen dürfen. Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG sind Aufträge unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter zu vergeben. Darunter sind die Transparenz und der Vertrauensschutz auf die Angaben, die der Auftraggeber in seinen Bewertungsunterlagen macht, zu subsumieren. Dem freien und lauten Wettbewerb entspricht es jedenfalls, dass Bewerber und Bieter sich auf die vom Auftraggeber verfassten Unterlagen verlassen können, und auf die Vollständigkeit der gemachten Angaben vertrauen dürfen.

Gerade der Begriff der garantierten Lampenlebensdauer lässt offen, ob diese Garantie vom Hersteller der Projektorlampen oder vom Händler abgegeben werden muss. Ist eine Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen mit Unklarheit behaftet, könnte diese unter Anwendung der §§ 914 und 915 ABGB in so ferne behoben werden, als durch Auslegung ein eindeutiger, objektiver Sinngehalt zu ermitteln ist. Im Zweifel ist bei zweiseitig verbindlichen Verträgen entsprechend § 915 ABGB davon auszugehen, dass der Auftraggeber sich mit einer weiten Auslegung seiner undeutlichen Äußerung einverstanden erklärt. Diese Auslegung der Ausschreibungsunterlagen ermöglicht es der Antragstellerin eine über die Herstellergarantie hinausgehende Händlergarantie anzubieten. Gerade der Begriff der garantierten Lampenlebensdauer lässt offen, ob diese Garantie vom Hersteller der Projektorlampen oder vom Händler abgegeben werden muss. Ist eine Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen mit Unklarheit behaftet, könnte diese unter Anwendung der Paragraphen 914 und 915 ABGB in so ferne behoben werden, als durch Auslegung ein eindeutiger, objektiver Sinngehalt zu ermitteln ist. Im Zweifel ist bei zweiseitig verbindlichen Verträgen entsprechend Paragraph 915, ABGB davon auszugehen, dass der Auftraggeber sich mit einer weiten Auslegung seiner undeutlichen Äußerung einverstanden erklärt. Diese Auslegung der Ausschreibungsunterlagen ermöglicht es der Antragstellerin eine über die Herstellergarantie hinausgehende Händlergarantie anzubieten.

Wie den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen ist, war eine "garantierte Lampenlebensdauer" anzugeben. Hat nun die Antragstellerin der Bundesbeschaffung GmbH eine Leistung eines Dritten versprochen, so gilt dies als Zusage der Antragstellerin sich bei dem Dritten für die Einhaltung der versprochenen Leistung zu verwenden. Für den Fall, dass die Antragstellerin für den Erfolg einsteht, so haftet sie gemäß § 880a ABGB für die volle Genugtuung wenn die Leistung des Dritten ausbleibt. Wie den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen ist, war eine "garantierte Lampenlebensdauer" anzugeben. Hat nun die Antragstellerin der Bundesbeschaffung GmbH eine Leistung eines Dritten versprochen, so gilt dies als Zusage der Antragstellerin sich bei dem Dritten für die Einhaltung der versprochenen Leistung zu verwenden. Für den Fall, dass die Antragstellerin für den Erfolg einsteht, so haftet sie gemäß Paragraph 880 a, ABGB für die volle Genugtuung wenn die Leistung des Dritten ausbleibt.

Wie das Bundesvergabeamt in seiner ständigen Judikatur bereits mehrfach ausgesprochen hat, ist der Auftraggeber strikt an seine Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen gebunden. Eine Uminterpretation der Ausschreibungsunterlagen steht dem Auftraggeber nicht zu, selbst dann, wenn diese Vorgaben unzumutbar oder sogar rechtswidrig wären (BVA 5.6.2003, 12N- 32/03-15). Gerade deshalb muss auch von einer Bindung des Auftraggebers an die von ihm selbst festgelegten Ausschreibungsregeln ausgegangen werden, wenn diese, so wie hier, nicht rechtswidrig oder unzumutbar waren. Wenn die Antragsgegnerin entgegen ihren eigenen Ausschreibungsbestimmungen die Angabe der "tatsächlichen" anstelle der "garantierten" Lampenlebensdauer verlangt, so ist die Erfüllung dieser Anforderungen nicht nur unmöglich, sie widerspricht auch der Bindung der Antragsgegnerin an ihre eigenen Ausschreibungsbestimmungen.

Bei der gegenständlich getroffenen Ausscheidensentscheidung handelt es sich um einen qualifizierten Rechtsverstoß einer nicht gesondert, also verbunden anfechtbaren Entscheidung, die von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens und damit die Zuschlagsentscheidung war. Auch in ihrem Schreiben vom 4.9.2003, in dem die

Bundesbeschaffung GmbH um Aufklärung ersucht, wird festgehalten, dass die garantierte Lampenlebensdauer in die Ermittlung des Bestbieters einbezogen und daher auch abgefragt wurde. Der Ausscheidensgrund eines den Ausschreibungsbedingungen widersprechenden Angebotes gem. § 98 Abs. 8 BVergG 2002 liegt demnach nicht vor. Bei der gegenständlich getroffenen Ausscheidensentscheidung handelt es sich um einen qualifizierten Rechtsverstoß einer nicht gesondert, also verbunden anfechtbaren Entscheidung, die von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens und damit die Zuschlagsentscheidung war. Auch in ihrem Schreiben vom 4.9.2003, in dem die Bundesbeschaffung GmbH um Aufklärung ersucht, wird festgehalten, dass die garantierte Lampenlebensdauer in die Ermittlung des Bestbieters einbezogen und daher auch abgefragt wurde. Der Ausscheidensgrund eines den Ausschreibungsbedingungen widersprechenden Angebotes gem. Paragraph 98, Absatz 8, BVergG 2002 liegt demnach nicht vor.

Wie sowohl bei der mündlichen Verhandlung am 29. Oktober 2003 als auch in der Stellungnahme der BBG vom 2. Oktober 2003 erörtert wurde, war für die Bestbieterermittlung und somit die Bewertung der Gesamtkosten des Gerätes eine bestimmte Einsatzdauer, die mit 5.000 Stunden festgelegt wurde, notwendig. Darin, dass die Antragstellerin eine garantierte Lampenlebensdauer von 5.000 Stunden abgegeben hat, kann kein unzulässiges kommerzielles Alternativangebot erkannt werden. Ein damit begründetes Ausscheiden des Alternativangebotes ist daher ebenso rechtswidrig.

ad Spruch II:

Gemäß § 165 Abs. 2 BVergG sind bei Nachprüfungsverfahren betreffend die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung neben den in Abs. 1 genannten Parteien jene Bieter des Vergabeverfahrens Partei des Nachprüfungsverfahrens, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung des Bundesvergabesamtes unmittelbar berührt werden könnten. Die Bieter verlieren ihre Parteistellung, sofern sie nicht spätestens binnen einer Frist von einer Woche nach der Verständigung gemäß § 163 Abs. 2 (gemeint wohl Abs. 3) schriftlich oder in der mündlichen Verhandlung mündlich einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt haben. Gemäß § 167 Abs. 1 Z 2 BVergG hat ein Antrag gemäß § 165 Abs. 2 Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller zu enthalten. Gemäß Paragraph 165, Absatz 2, BVergG sind bei Nachprüfungsverfahren betreffend die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung neben den in Absatz eins, genannten Parteien jene Bieter des Vergabeverfahrens Partei des Nachprüfungsverfahrens, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung des Bundesvergabesamtes unmittelbar berührt werden könnten. Die Bieter verlieren ihre Parteistellung, sofern sie nicht spätestens binnen einer Frist von einer Woche nach der Verständigung gemäß Paragraph 163, Absatz 2, (gemeint wohl Absatz 3,) schriftlich oder in der mündlichen Verhandlung mündlich einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt haben. Gemäß Paragraph 167, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hat ein Antrag gemäß Paragraph 165, Absatz 2, Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller zu enthalten.

Zur Parteistellung des § 165 Abs. 2 BVergG ist allgemein festzuhalten, dass für eine solche bereits die Möglichkeit einer Berührung in subjektiven Rechten ausreicht (Schwartz, Bundesvergabegesetz [2003], Rn. 2 zu § 165). Auch ist zu beachten, dass nach den Intentionen des Gesetzgebers eine sukzessive Antragstellung vermieden werden sollte und daher eine Pflicht der Parteien des Ausgangsverfahrens vorgesehen wurde, sich in einem bereits eingeleiteten Nachprüfungsverfahren zu beteiligen (EBRV 2002 zu § 163 ff, zitiert nach Breitenfeld/Edlinger/Pock, BVergG 2002 [2002], 240; siehe zu dieser Problematik auch die Ausführungen von Thienel, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7). Zur Parteistellung des Paragraph 165, Absatz 2, BVergG ist allgemein festzuhalten, dass für eine solche bereits die Möglichkeit einer Berührung in subjektiven Rechten ausreicht (Schwartz, Bundesvergabegesetz [2003], Rn. 2 zu Paragraph 165,). Auch ist zu beachten, dass nach den Intentionen des Gesetzgebers eine sukzessive Antragstellung vermieden werden sollte und daher eine Pflicht der Parteien des Ausgangsverfahrens vorgesehen wurde, sich in einem bereits eingeleiteten Nachprüfungsverfahren zu beteiligen (EBRV 2002 zu Paragraph 163, ff, zitiert nach Breitenfeld/Edlinger/Pock, BVergG 2002 [2002], 240; siehe zu dieser Problematik auch die Ausführungen von Thienel, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7).

Im Übrigen hat nach dem klaren Wortlaut des BVergG 2002 ein Teilnahmeantrag lediglich die in § 167 Abs. 1 BVergG angeführten Inhaltserfordernisse zu enthalten (diese wurden in der mündlichen Verhandlung vorgetragen und von keiner Seite bestritten), wobei eine Zurückweisung mangels Zulässigkeit nur aufgrund der taxativ aufgezählten Gründe

im Sinne des § 167 Abs. 2 BVergG erfolgen kann. Ein solcher Unzulässigkeitstatbestand liegt jedoch beim gegenständlichen Teilnahmeantrag nicht vor. Im Übrigen hat nach dem klaren Wortlaut des BVergG 2002 ein Teilnahmeantrag lediglich die in Paragraph 167, Absatz eins, BVergG angeführten Inhaltserfordernisse zu enthalten (diese wurden in der mündlichen Verhandlung vorgetragen und von keiner Seite bestritten), wobei eine Zurückweisung mangels Zulässigkeit nur aufgrund der taxativ aufgezählten Gründe im Sinne des Paragraph 167, Absatz 2, BVergG erfolgen kann. Ein solcher Unzulässigkeitstatbestand liegt jedoch beim gegenständlichen Teilnahmeantrag nicht vor.

Seitens der B*** wurde fristgerecht am 7. Oktober 2003 schriftlich ein Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren beim Bundesvergabeamt eingereicht und in der mündlichen Verhandlung am 29. Oktober 2003 erneuert. Es lag somit ein gültiger Teilnahmeantrag der in Aussicht genommenen Bestbieterin vor, deren Interessen durch die Entscheidung des Bundesvergabeamtes unmittelbar berührt werden können.

ad Spruch III:

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

§ 162 Abs. 1 BVergG legt fest, dass das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes zuständig ist. Paragraph 162, Absatz eins, BVergG legt fest, dass das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes zuständig ist.

§ 162 Abs. 2 - 5 legen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren sowie zur Erlassung einstweiliger Verfügungen fest. Die Bestimmungen der §§ 164, 171, 174 und 175 BVergG legen die Entscheidungsbefugnisse des Bundesvergabeamtes fest. Darin findet sich kein Hinweis auf eine Befugnis zur Entscheidung über Kostenersatzansprüche. Auch der Bericht des Verfassungsausschusses führt dazu aus, dass der in Absatz 5 vorgesehene Gebührenersatz ein zivilrechtlicher Ersatzanspruch ist und mit Mahnklage bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann. Wer Antragsgegner ist, ergibt sich aus dem Antrag bzw. aus dem Teilnahmeantrag. Auch wurde die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Kostenersatzansprüche in ständiger Rechtsprechung abgelehnt (BVA 28. April 2003, 17N-26/03-15; BVA 20. März 2003, 12N-10/03-11; BVA 9. April 2003, 15N-16/03-17). Daraus ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt zur Entscheidung über den Antrag auf Rückerstattung der Verfahrenskosten nicht zuständig ist. Paragraph 162, Absatz 2, - 5 legen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren sowie zur Erlassung einstweiliger Verfügungen fest. Die Bestimmungen der Paragraphen 164, 171, 174 und 175 BVergG legen die Entscheidungsbefugnisse des Bundesvergabeamtes fest. Darin findet sich kein Hinweis auf eine Befugnis zur Entscheidung über Kostenersatzansprüche. Auch der Bericht des Verfassungsausschusses führt dazu aus, dass der in Absatz 5 vorgesehene Gebührenersatz ein zivilrechtlicher Ersatzanspruch ist und mit Mahnklage bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann. Wer Antragsgegner ist, ergibt sich aus dem Antrag bzw. aus dem Teilnahmeantrag. Auch wurde die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Kostenersatzansprüche in ständiger Rechtsprechung abgelehnt (BVA 28. April 2003, 17N-26/03-15; BVA 20. März 2003, 12N-10/03-11; BVA 9. April 2003, 15N-16/03-17). Daraus ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt zur Entscheidung über den Antrag auf Rückerstattung der Verfahrenskosten nicht zuständig ist.

Dokumentnummer

VERGT_20031114_09N_100_03_19_00

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