

TE Verg Bescheid 2000/2/18 N-34/99-41

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.02.2000

Norm

ABGB §914

ABGB §915

BVergG 1997 §29 Abs4 BVergG 1997 §47 Abs1

BVergG 1997 §52 Abs1 Z5

BVergG 1997 §52 Abs1 Z8

BVergG 1997 §53

BVergG 1997 §113 Abs1

BVergG 1997 §113 Abs3

BVergG 1997 §117 Abs3

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

Text

BESCHEID

Der Senat 2 des Bundesvergabeamtes hat durch den Senatspräsidenten des OGH Dr. Wolfram Massauer als Vorsitzenden und die Besitzer Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite am 18. Februar 2000 entschieden:

Spruch:

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2, 3 Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG) BGBl I Nr. 56/1997 idF BGBl I Nr. 27/1998, BGBl I Nr. 80/1999, BGBl I Nr. 56/1997 idF BGBl I Nr. 27/1998, BGBl I Nr. 80/1999, BGBl I Nr. 120/1999, betreffend das Vergabeverfahren "stark- und schwachstromtechnische Arbeiten für das Bauvorhaben BG und BRG Gottschalkgasse 21, Punktionssanierung und Erweiterung" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Neulinggasse 29, 1031 Wien, vertreten durch ***, wird über die Anträge vom 24. August 1999, präzisiert durch Mitteilung vom 30. August 1999, derIm Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, 3, Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 27 aus 1998,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 80 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 27 aus 1998,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 80 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 1999,, betreffend das Vergabeverfahren "stark- und schwachstromtechnische

Arbeiten für das Bauvorhaben BG und BRG Gottschalkgasse 21, Puktionssanierung und Erweiterung" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Neulinggasse 29, 1031 Wien, vertreten durch ***, wird über die Anträge vom 24. August 1999, präzisiert durch Mitteilung vom 30. August 1999, der

1. XXX GmbH, ***, und 2. YYY GmbH, ***, beide vertreten durch ***, wie folgt entschieden: römisch 30 GmbH, ***, und 2. YYY GmbH, ***, beide vertreten durch ***, wie folgt entschieden:

Spruchpunkt 1: Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragsteller auszuscheiden, wird insoweit teilweise stattgegeben, als gemäß § 117 Abs. 3 BVergG festgestellt wird, dass die Entscheidung vom 6. August 1999 der Bundesbaudirektion als vergebender Stelle des Auftraggebers, Bundesimmobiliengesellschaft, entsprechend dem Vergabevorschlag vom 27. 7. 1999, das Angebot der Antragsteller auszuscheiden, rechtswidrig ist. Das Mehrbegehren der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Entscheidung wird als unzulässig zurückgewiesen. Spruchpunkt 1: Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragsteller auszuscheiden, wird insoweit teilweise stattgegeben, als gemäß Paragraph 117, Absatz 3, BVergG festgestellt wird, dass die Entscheidung vom 6. August 1999 der Bundesbaudirektion als vergebender Stelle des Auftraggebers, Bundesimmobiliengesellschaft, entsprechend dem Vergabevorschlag vom 27. 7. 1999, das Angebot der Antragsteller auszuscheiden, rechtswidrig ist. Das Mehrbegehren der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Entscheidung wird als unzulässig zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 113 Abs. 1, 2, 117 Abs. 1, 3 BVergG iVm § 52 Abs. 1 2.5,8 BVergG iVm mit §§ 914, 915 ABGB
Rechtsgrundlage: Paragraphen 113, Absatz eins, 2, 117, Absatz eins, 3, BVergG in Verbindung mit Paragraph 52, Absatz eins, 2.5,8 BVergG in Verbindung mit Paragraphen 914, 915, ABGB

Spruchpunkt 2: Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen

Verfügung wird als unzulässig zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 113 Abs. 2 Z 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 113, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG

Spruchpunkt 3:

Dem Eventualantrag auf Feststellung, dass ein Verstoß gegen das Bundesvergabegesetz vorliegt und der Zuschlag nicht an die Bestbieterin, nämlich die Antragsteller, erteilt wurde, wird insoweit teilweise stattgegeben, als festgestellt wird, dass der Zuschlag wegen Verletzungen des Bundesvergabegesetzes, nämlich gesetzwidrigen Zuschlagskriterien, nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Das Mehrbegehren der Antragsteller auf Feststellung, dass sie Bestbieter gewesen sind, wird als unzulässig zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 113 Abs. 1, 2, 3 BVergG iVm § 29 Abs. 4 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 113, Absatz eins, 2, 3, BVergG in Verbindung mit Paragraph 29, Absatz 4, BVergG

Begründung:

Mit Eingabe vom 24. 8. 1999 stellten die Antragsteller die im Spruch ersichtlichen Begehren und begründeten diese im wesentlichen wie folgt (vgl. OZ 1): Sie hätten sich als Bietergemeinschaft an dem Vergabeverfahren des Auftraggebers beteiligt und dabei das sowohl billigste als auch beste Angebot gelegt. Der Auftraggeber habe sie jedoch rechtswidrigerweise ausgeschieden, weil die von ihnen angebotenen Datendosen angeblich nicht dem technischen Standard der Ausschreibung (Tauglichkeit für eine Übertragungsfrequenz von 600 Mhz) entspräche. Diese Behauptung des Auftraggebers sei jedoch unrichtig. Vielmehr hätten die Antragsteller ausreichende Nachweise darüber vorgelegt, dass die von ihnen angebotenen Datendosen des Fabrikats R&M, Type ACS, den Anforderungen der Ausschreibung (Kategorie 7 = Übertragungsfrequenz Kapazität bis zu 600 Mhz) entsprächen. Indem der Auftraggeber nun beabsichtige, den Zuschlag an das um ATS 20.000,- teurere Angebot der ZZZ GmbH zu erteilen, bzw. das Angebot der Antragsteller ausscheide, verletze er nicht nur die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes, sondern missachte auch die von der Bundes-Vergabekontrollkommission erzielte gütliche Einigung. In dieser sei vereinbart worden, dass die Ausscheidensentscheidung zurückgenommen werde, wenn nachgewiesen werden könne, dass die von den Antragstellern angebotenen Datendosen dem technischen Standard der Ausschreibung entsprechen. Dieser Nachweis sei von den Antragstellern erbracht worden. Mit Eingabe vom 24. 8. 1999 stellten die Antragsteller die im Spruch ersichtlichen Begehren und begründeten diese im wesentlichen wie folgt (vergleiche OZ 1): Sie hätten sich als Bietergemeinschaft an dem Vergabeverfahren des Auftraggebers beteiligt und dabei das sowohl billigste als auch beste Angebot gelegt. Der Auftraggeber habe sie jedoch rechtswidrigerweise ausgeschieden, weil die von ihnen

angebotenen Datendosen angeblich nicht dem technischen Standard der Ausschreibung (Tauglichkeit für eine Übertragungsfrequenz von 600 Mhz) entspräche. Diese Behauptung des Auftraggebers sei jedoch unrichtig. Vielmehr hätten die Antragsteller ausreichende Nachweise darüber vorgelegt, dass die von ihnen angebotenen Datendosen des Fabrikats R&M, Type ACS, den Anforderungen der Ausschreibung (Kategorie 7 = Übertragungsfrequenz Kapazität bis zu 600 Mhz) entsprächen. Indem der Auftraggeber nun beabsichtige, den Zuschlag an das um ATS 20.000,- teurere Angebot der ZZZ GmbH zu erteilen, bzw. das Angebot der Antragsteller ausscheide, verletzte er nicht nur die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes, sondern missachte auch die von der Bundes-Vergabekontrollkommission erzielte gütliche Einigung. In dieser sei vereinbart worden, dass die Ausscheidensentscheidung zurückgenommen werde, wenn nachgewiesen werden könne, dass die von den Antragstellern angebotenen Datendosen dem technischen Standard der Ausschreibung entsprechen. Dieser Nachweis sei von den Antragstellern erbracht worden.

Mit Schriftsatz vom 28. 8. 1999 (OZ 10) beantragte der Auftraggeber die Abweisung der Anträge, da auf Grund der von den Antragstellern vorgelegten Unterlagen der Nachweis der Ausschreibungskonformität der angebotenen Datendosen nicht erbracht worden sei. Im übrigen teilte der Auftraggeber mit, dass der Zuschlag bereits erteilt worden sei. Das Zuschlagsschreiben sei per Post am 23. August 1999 abgefertigt worden und sei am 25. August 1999 bei der Firma Landsteiner eingelangt.

Mit Schreiben vom 30. 8. 1999 (OZ 11) präzisierten die Antragsteller ihre Anträge dahingehend, dass im Hinblick darauf, dass derzeit noch unklar sei, ob der Zuschlag bereits wirksam erteilt worden ist, die Anträge auf Nichtigerklärung der Entscheidung, das Angebot der Antragsteller auszuschneiden sowie der Antrag auf einstweilige Verfügung aufrecht erhalten würden. Für den Fall, dass bereits ein rechtskräftiger Zuschlag erteilt worden sei, wurde in eventu die Feststellung beantragt, dass nicht die Bestbieterin, nämlich die Antragsteller den Zuschlag erhalten hat und durch die Vergabe ein Verstoß gegen das Bundesvergabegesetz vorliegt.

Der erkennende Senat stellte am 30. August 1999 fest, dass auf Grund der von der Firma Landsteiner vorgelegten Unterlagen von einer wirksamen Zuschlagserteilung auszugehen sei (OZ 14). Mit ha. Bescheid vom 19. Oktober 1999 wurde Dipl.-Ing. *** zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt (OZ 18). Mit Schreiben vom gleichen Tage (OZ 19) wurde Dipl.-Ing. *** ersucht, im Zusammenhang mit der Beurteilung der Ausschreibungskonformität des Angebotes der Antragsteller betreffend die Position OG 03 LG 40.001 (Datendosen Kategorie 7) schriftlich Befund und Gutachten über verschiedene Fragen zu erstatten. Dieser Aufforderung kam Dipl.-Ing. *** mit schriftlichem Befund und Gutachten vom Dezember 1999, ha. eingelangt am 11. Jänner 2000 (OZ 26) nach und stellte im Gutachten insbesondere fest, dass sich auf Grund des objektiven Erklärungsbildes des Angebotes der Antragsteller nicht feststellen lasse, welches bestimmte Erzeugnis von den Antragstellern angeboten wurde. Allein auf Grund des objektiven Erklärungsbildes des Angebotes sei es auch nicht möglich zu erkennen, welche Erzeugnisse als von den Antragstellern angebotenen Erzeugnisse in Betracht kämen. Erst ein genaueres Studium des Herstellerkataloges ließe eine Eingrenzung auf einige in Frage kommende Erzeugnisse zu. Aus der zwischen Auftraggeber und den Antragstellern nach Angebotsöffnung geführten Korrespondenz ergebe sich, dass die Antragsteller das Erzeugnis Fabrikat R&M, Type freenet DIN Anschlussdose, Zweiport sowie Dosenanschlussmodell, 2 x RJ 45/s, mit den Artikelnummern R925858 und R925551 angeboten haben. Auf Grund der Ergebnisse der durch den Sachverständigen geführten Nachforschungen und der eigenen Erfahrung sei der Sachverständige der Ansicht, dass das von den Antragstellern angebotene Erzeugnis den in der Ausschreibung aufgestellten Anforderungen entspricht. Der Auftraggeber sei jedoch mangels besonderer Sachkunde und den zusätzlichen Möglichkeiten des Sachverständigen nicht in der Lage gewesen, die Ausschreibungskonformität des von den Antragstellern angebotenen Erzeugnisses zu beurteilen.

Mit Schriftsatz vom 21. 1. 2000 nahm der Auftraggeber zum Gutachten des Sachverständigen Stellung (OZ 32): Gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 BVergG seien unter anderem Angebote von Bieter auszuscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben, oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Gemäß § 48 Abs. 1 BVergG habe der schriftlich dazu aufgeforderte Bieter Aufklärung zu erteilen, wenn sich bei der Prüfung des Angebotes Unklarheiten über das Angebot selbst ergeben oder Mängel festgestellt werden, sofern die Unklarheit für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung ist. Aus dem Gutachten ergebe sich, dass allein auf Grund des Angebotes nicht feststellbar gewesen sei, welches bestimmte Erzeugnis von den Antragstellern angeboten worden war und ob dieses angebotene Produkt den Anforderungen der Ausschreibung entspricht. Der Sachverständige habe auch überzeugend ausgeführt, dass auch die über Aufforderung gegebene

Aufklärung der Bieter, eine Beurteilung der Qualität der angebotenen Erzeugnisse im Vergleich zu den Anforderungen der Ausschreibung nicht zugelassen habe. Dem Auftraggeber seien akribische Nachforschungen und Schlussfolgerungen in der Art des Sachverständigen nicht zumutbar. Es sei Aufgabe des Bieters, die Unklarheit des Angebotes so aufzuklären, dass eine sachkundige Auftraggeberin in der Lage sei, ohne weiteres zu beurteilen, ob das angebotene Produkt den Anforderungen der Ausschreibung entspricht. Mit Schriftsatz vom 21. 1. 2000 nahm der Auftraggeber zum Gutachten des Sachverständigen Stellung (OZ 32): Gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG seien unter anderem Angebote von Bieterinnen auszuschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben, oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Gemäß Paragraph 48, Absatz eins, BVergG habe der schriftlich dazu aufgeforderte Bieter Aufklärung zu erteilen, wenn sich bei der Prüfung des Angebotes Unklarheiten über das Angebot selbst ergeben oder Mängel festgestellt werden, sofern die Unklarheit für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung ist. Aus dem Gutachten ergebe sich, dass allein auf Grund des Angebotes nicht feststellbar gewesen sei, welches bestimmte Erzeugnis von den Antragstellern angeboten worden war und ob dieses angebotene Produkt den Anforderungen der Ausschreibung entspricht. Der Sachverständige habe auch überzeugend ausgeführt, dass auch die über Aufforderung gegebene Aufklärung der Bieter, eine Beurteilung der Qualität der angebotenen Erzeugnisse im Vergleich zu den Anforderungen der Ausschreibung nicht zugelassen habe. Dem Auftraggeber seien akribische Nachforschungen und Schlussfolgerungen in der Art des Sachverständigen nicht zumutbar. Es sei Aufgabe des Bieters, die Unklarheit des Angebotes so aufzuklären, dass eine sachkundige Auftraggeberin in der Lage sei, ohne weiteres zu beurteilen, ob das angebotene Produkt den Anforderungen der Ausschreibung entspricht.

Mit Schriftsatz vom 25. 1. 2000 (eingelangt am 31. 1. 2000, OZ 33) nahmen die Antragsteller zum Gutachten des Sachverständigen Stellung: Die Aussage des Sachverständigen, dass der Auftraggeber mangels besonderer Sachkunde und den zusätzlichen Möglichkeiten des Sachverständigen nicht in der Lage gewesen sei, die Ausschreibungskonformität zu beurteilen, sei unrichtig. Vielmehr wäre es für die vergebende Stelle ein leichtes gewesen, zu überprüfen, ob die von den Antragstellern angebotenen Produkte des Erzeugers R & M mit der Typenbezeichnung ACS den Anforderungen der Kategorie 7 (bis 600 Mhz) entsprechen. Der Auftraggeber hätte sich lediglich beim Hersteller, der Firma M., erkundigen müssen. Aus dem Schreiben der Firma M. vom 12. Juli 1999 sowie den beiden Prüfzertifikaten der dänischen Teststelle "Third Party Testing - 3P" ergebe sich ohne weiteres die Ausschreibungskonformität der angebotenen Datendosen und seien diese Unterlagen dem Auftraggeber von den Antragstellern übermittelt worden.

Am 4. 2. 2000 wurde eine mündliche Verhandlung in der Sache durchgeführt (OZ 35, Verhandlungsschrift). In dieser Verhandlung führte der Sachverständige ergänzend zu seinem schriftlichen Gutachten aus, dass auf Grund der durch die Antragsteller vorgelegten Korrespondenz für den technisch nicht versierten Auftraggeber nicht eindeutig feststellbar gewesen sei, ob das von den Antragstellern angebotene Produkt ausschreibungskonform sei. Es entspräche zwar den Branchengepflogenheiten, dass man bei der Beurteilung der Frage, ob ein bestimmtes Produkt bestimmten Anforderungen entspricht, auf Herstellerankündigungen wie jene der Firma M. vom 12. Juli 1999 zurückgreife. Im gegenständlichen Fall sei der Auftraggeber offenbar misstrauisch gewesen. Unter Zugrundelegung seiner eigenen Erfahrung als Sachverständiger sei die Auskunft der Firma M. jedoch als ausreichender Nachweis der Ausschreibungskonformität anzusehen. Jedenfalls die später nachgereichten Zertifikate der "Third Party Testing - 3P" hätten eine eindeutige Feststellung des angebotenen Produktes zugelassen. Doch sei dafür ein beträchtlicher Arbeitsaufwand (etwa 8 Stunden) durch den Sachverständigen erforderlich gewesen. Hinsichtlich der von den Antragstellern in ihrem Angebot verwendeten Typenbezeichnung "ACS" stellt der Sachverständige fest, dass es sich hierbei um eine Produktgruppenbezeichnung handle, die kein bestimmtes einzelnes Produkt bezeichne. Dieser Bezeichnung seien jedenfalls auch Produkte zuzuordnen bzw. seien zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens am Markt Produkte verfügbar gewesen, die den Anforderungen der Ausschreibung betreffend die geforderte Übertragungsrate von 600 Mhz entsprechen. Pro Hersteller fielen ca. 50 bis 100 verschiedene Produkte unter die Bezeichnung ACS. Unter Einbeziehung sämtlicher relevanter Hersteller fielen etwa 1000 Einzelprodukte unter den Oberbegriff "ACS". ACS bezeichne eben nicht ein bestimmtes einzelnes Produkt, sondern ein bestimmtes System. Dies sei im Zeitpunkt des Vergabeverfahrens auf Grund der verfügbaren Kataloge feststellbar gewesen.

In der mündlichen Verhandlung wurde ferner festgestellt, dass in den vom Auftraggeber übermittelten Ausschreibungsunterlagen (Text des Angebotsschreibens) keine Zuschlagskriterien festgelegt worden waren. Ebenso

wurde festgestellt, dass der Behörde bisher noch nicht der Nachweis der Absendung der Bekanntmachung der Ausschreibung an das Amtsblatt der EU übermittelt worden war. Mit Schriftsatz vom 10. 2. 2000 (OZ 37) legte der Auftraggeber die Bekanntmachung der Ausschreibung samt Nachweis der Absendung an das Amtsblatt sowie die Einladung zur Angebotsabgabe vor, wies aber darauf hin, dass seiner Ansicht nach die Zuschlagskriterien im gegenständlichen Verfahren irrelevant seien. Aus dem Antrag der Antragsteller vom 23. 8. 1999 ergebe sich, dass Gegenstand des Verfahrens ausschließlich die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidung der Antragsteller sei. Zuschlagskriterien hätten keinen Einfluss auf die Ausscheidung des Angebotes gehabt, weil diese noch vor Anwendung der Zuschlagskriterien auszuschneiden gewesen seien.

Mit Schriftsatz vom 16. 2. 2000 (OZ 39) nahmen die Antragsteller zu den Zuschlagskriterien dahingehend Stellung, dass sie deren Rechtswidrigkeit behaupteten, weil die Kriterien nicht in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung angegeben worden seien und zudem die in der Bekanntmachung im Amtsblatt angegebenen Kriterien von den in der Einladung zur Angebotsabgabe angeführten Kriterien abwichen, da nur in letzterer der Kundendienst als eigenes Kriterium genannt worden sei.

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens wurde folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Bundesbaudirektion hat im Namen und auf Rechnung der Bundesimmobiliengesellschaft im Februar 1999 die Vergabe des Auftrages zur Durchführung von Elektroinstallationsarbeiten, stark- und schwachstromtechnische Arbeiten, im Rahmen des Bauvorhabens "Renovierung und Erweiterung des BG/BRG Gottschalkgasse 21, 1110 Wien" im offenen Verfahren ausgeschrieben. Die Absendung der Bekanntmachung an das Amtsblatt der EU erfolgte mit Fax vom 23. 2. 1999. Als Termin, bis zu dem der Bieter an sein Angebot gebunden ist, wurde der 30. 6. 1999 festgelegt. Als Kriterium für die Auftragserteilung wurde niedrigster Preis (01) sowie "wirtschaftlich günstigstes Angebot" nach den Kriterien Leistungsfähigkeit (02), technischer Wert (03), Wirtschaftlichkeit (04), Preis (05), Umweltgerechtigkeit der Leistungen gemäß Ausschreibungsunterlagen sowie Bonität (07) in der Bekanntmachung angegeben und wurde ferner auf die Ausschreibungsunterlagen (08) verwiesen. Im Schreiben "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" vom Februar 1999 wurden als Kriterien für die Auftragserteilung "in nachstehender Reihenfolge (Bestbieterprinzip)" Leistungsfähigkeit, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Preis, Kundendienst sowie sonstige Kriterien (Bonität, Umweltgerechtigkeit der Leistungen gemäß Ausschreibungsunterlagen) festgelegt (vgl. zu allem OZ 37). In dem von den Bietern auszufüllenden Angebotsschreiben wurde jedoch in keiner Weise auf die allfällige Anwendung der festgelegten Zuschlagskriterien Bezug genommen und waren weder im Angebotsschreiben noch im Leistungsverzeichnis irgendwelche Angaben (mit Ausnahme des Preises) zu machen, die - unabhängig von den für alle Angebote geltenden Vorgaben des Leistungsverzeichnisses und der Angebotsbestimmungen - zur Anwendung der Zuschlagskriterien herangezogen hätten werden können. Auf Seite 110 des Leistungsverzeichnisses war unter OG 03, LG 40, Position 0001 gefordert, dass die Bieter im Rahmen der mit der Installation der EDV-Anlagen verbundenen Arbeiten insgesamt 122 Datendosen der Kategorie 7 in die vorhandenen Einbaudosen montieren. Es wurde ausdrücklich angeordnet, dass diese einzubauenden Dosen für eine Übertragungsfrequenz von 600 Mhz auszulegen sind. Der Bieter hatte bei dieser Position das von ihm vorgesehene Fabrikat sowie die Type einzusetzen (vgl. zu allem Angebotsschreiben und Leistungsverzeichnis, Beilage zu OZ 13). Die Bundesbaudirektion hat im Namen und auf Rechnung der Bundesimmobiliengesellschaft im Februar 1999 die Vergabe des Auftrages zur Durchführung von Elektroinstallationsarbeiten, stark- und schwachstromtechnische Arbeiten, im Rahmen des Bauvorhabens "Renovierung und Erweiterung des BG/BRG Gottschalkgasse 21, 1110 Wien" im offenen Verfahren ausgeschrieben. Die Absendung der Bekanntmachung an das Amtsblatt der EU erfolgte mit Fax vom 23. 2. 1999. Als Termin, bis zu dem der Bieter an sein Angebot gebunden ist, wurde der 30. 6. 1999 festgelegt. Als Kriterium für die Auftragserteilung wurde niedrigster Preis (01) sowie "wirtschaftlich günstigstes Angebot" nach den Kriterien Leistungsfähigkeit (02), technischer Wert (03), Wirtschaftlichkeit (04), Preis (05), Umweltgerechtigkeit der Leistungen gemäß Ausschreibungsunterlagen sowie Bonität (07) in der Bekanntmachung angegeben und wurde ferner auf die Ausschreibungsunterlagen (08) verwiesen. Im Schreiben "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" vom Februar 1999 wurden als Kriterien für die Auftragserteilung "in nachstehender Reihenfolge (Bestbieterprinzip)" Leistungsfähigkeit, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Preis, Kundendienst sowie sonstige Kriterien (Bonität, Umweltgerechtigkeit der Leistungen gemäß Ausschreibungsunterlagen) festgelegt (vergleiche zu allem OZ 37). In dem von den Bietern auszufüllenden Angebotsschreiben wurde jedoch in keiner Weise auf die allfällige Anwendung der festgelegten Zuschlagskriterien

Bezug genommen und waren weder im Angebotsschreiben noch im Leistungsverzeichnis irgendwelche Angaben (mit Ausnahme des Preises) zu machen, die - unabhängig von den für alle Angebote geltenden Vorgaben des Leistungsverzeichnisses und der Angebotsbestimmungen - zur Anwendung der Zuschlagskriterien herangezogen hätten werden können. Auf Seite 110 des Leistungsverzeichnisses war unter OG 03, LG 40, Position 0001 gefordert, dass die Bieter im Rahmen der mit der Installation der EDV-Anlagen verbundenen Arbeiten insgesamt 122 Datendosen der Kategorie 7 in die vorhandenen Einbaudosen montieren. Es wurde ausdrücklich angeordnet, dass diese einzubauenden Dosen für eine Übertragungsfrequenz von 600 Mhz auszulegen sind. Der Bieter hatte bei dieser Position deas von ihm vorgesehene Fabrikat sowie die Type einzusetzen vergleiche zu allem Angebotsschreiben und Leistungsverzeichnis, Beilage zu OZ 13).

Die Angebotsöffnung fand am 1. April 1999 statt. Insgesamt waren 14 Angebote abgegeben worden. Die Antragsteller hatten das billigste Angebot mit einem Nettopreis (nach Richtigstellung von Rechenfehlern im Ausmaß von 0,01%) von ATS 3,336.423,30 angeboten. Das nächstbilligste Angebote mit einem Nettoangebotspreis von ATS 3,355.762,52 war von der ZZZ GmbH gelegt worden, wobei diese ein Alternativangebot hinsichtlich der Position Gerätekanal angeboten hatte, da sie ein anderes Fabrikat als das in der Ausschreibung angegebene angeboten hatte (vgl. Prüfbericht vom 14. Mai 1999, Beilage zu OZ 13). Die Angebotsöffnung fand am 1. April 1999 statt. Insgesamt waren 14 Angebote abgegeben worden. Die Antragsteller hatten das billigste Angebot mit einem Nettopreis (nach Richtigstellung von Rechenfehlern im Ausmaß von 0,01%) von ATS 3,336.423,30 angeboten. Das nächstbilligste Angebote mit einem Nettoangebotspreis von ATS 3,355.762,52 war von der ZZZ GmbH gelegt worden, wobei diese ein Alternativangebot hinsichtlich der Position Gerätekanal angeboten hatte, da sie ein anderes Fabrikat als das in der Ausschreibung angegebene angeboten hatte vergleiche Prüfbericht vom 14. Mai 1999, Beilage zu OZ 13).

Im Angebot der Antragsteller war in der Position Datendosen das Fabrikat "R&M" mit der Type "ACS" eingetragen worden. Zur Angebotsprüfung wurde von der Bundesbaudirektion unter anderem das technische Büro *** eingesetzt. Dieses ersuchte mit Fax vom 15. April 1999 die Antragsteller um Übersendung von Unterlagen, aus denen die Zulassung der von ihnen angebotenen Datendosen, Patch-Kabel, etc. des Fabrikats R & M, Type ACS, für Kategorie 7 (600 Mhz) in halogenfreier Ausführung zweifelsfrei hervorgehen. Mit Fax vom 22. April 1999 übermittelten die Antragsteller an den von der Bundesbaudirektion mit der Erarbeitung des Vergabevorschlags beauftragten Generalplaners Architekten *** Unterlagen, aus denen nach Meinung der Antragsteller zu entnehmen war, dass die angebotenen Fabrikate und Typen die ausgeschriebenen Standards erfüllten. Hinsichtlich der angebotenen Datendose wurde ein Auszug des Katalogs des Herstellers, der Firma R & M/M. übermittelt, in dem unter der Produktreihenbezeichnung "Freenet" auch ein entsprechendes Dosenanschlussmodul mit Übertragungsraten bis zu 600 Mhz beschrieben wurde. Über Anfrage des Ing. *** wurde am 30. April 1999 von der M. GmbH per Fax ein Schreiben an Ing. *** übermittelt, in dem die Mattig GmbH ausführte, dass die IBM-ACS Type C Komponenten vom Hersteller R & M für 100 Mhz zertifiziert seien. R & M Freenet sei das baugleiche aber weiterentwickelte Produkt in der universell strukturierten Gebäudeverkabelung. Die R & M Freenet-Module seien auf 600 Mhz zertifiziert. Weiters wurde eine Aufstellung über die halogenfreien Produkte aus dem IBM-ACS Type C System (R825XXX) übermittelt, welche nach Angaben der Firma M. auch für die R & M Freenet-Produkte Geltung hätten (R925XXX). Im Prüfbericht vom 4. Mai 1999 des Architekten *** wurde hinsichtlich des Angebotes der Antragsteller ausgeführt, dass dieses auszuschneiden sei, da die angebotenen Fabrikate nicht den im Leistungsverzeichnis angegebenen Vorgaben entsprechen würden. Die Antragsteller hätten nämlich Datendosen angeboten, die nach Rückfrage bei den Herstellern nur für Kategorie 5 spezifiziert seien, obwohl Kategorie 7 Datendosen anzubieten gewesen wären. Unter Bezugnahme auf diesen Prüfbericht wurde im Vergabevorschlag vom 17. Mai 1999 des Architekten *** der Bundesbaudirektion vorgeschlagen, den Zuschlag der ZZZ GmbH zu erteilen (vgl. Beilage zu OZ 13 Vergabeunterlagen). Im Angebot der Antragsteller war in der Position Datendosen das Fabrikat "R&M" mit der Type "ACS" eingetragen worden. Zur Angebotsprüfung wurde von der Bundesbaudirektion unter anderem das technische Büro *** eingesetzt. Dieses ersuchte mit Fax vom 15. April 1999 die Antragsteller um Übersendung von Unterlagen, aus denen die Zulassung der von ihnen angebotenen Datendosen, Patch-Kabel, etc. des Fabrikats R & M, Type ACS, für Kategorie 7 (600 Mhz) in halogenfreier Ausführung zweifelsfrei hervorgehen. Mit Fax vom 22. April 1999 übermittelten die Antragsteller an den von der Bundesbaudirektion mit der Erarbeitung des Vergabevorschlags beauftragten Generalplaners Architekten *** Unterlagen, aus denen nach Meinung der Antragsteller zu entnehmen war, dass die angebotenen Fabrikate und Typen die ausgeschriebenen Standards erfüllten. Hinsichtlich der angebotenen Datendose wurde ein Auszug des Katalogs des Herstellers, der Firma R & M/M. übermittelt, in dem unter der Produktreihenbezeichnung "Freenet" auch ein

entsprechendes Dosenanschlussmodul mit Übertragungsraten bis zu 600 Mhz beschrieben wurde. Über Anfrage des Ing. *** wurde am 30. April 1999 von der M. GmbH per Fax ein Schreiben an Ing. *** übermittelt, in dem die Mattig GmbH ausführte, dass die IBM-ACS Type C Komponenten vom Hersteller R & M für 100 Mhz zertifiziert seien. R & M Freenet sei das baugleiche aber weiterentwickelte Produkt in der universell strukturierten GEbäudeverkabelung. Die R & M Freenet-Module seien auf 600 Mhz zertifiziert. Weiters wurde eine Aufstellung über die halogenfreien Produkte aus dem IBM-ACS Type C System (R825XXX) übermittelt, welche nach Angaben der Firma M. auch für die R & M Freenet-Produkte Geltung hätten (R925XXX). Im Prüfbericht vom 4. Mai 1999 des Architekten *** wurde hinsichtlich des Angebotes der Antragsteller ausgeführt, dass dieses auszuschneiden sei, da die angebotenen Fabrikate nicht den im Leistungsverzeichnis angegebenen Vorgaben entsprechen würden. Die Antragsteller hätten nämlich Datendosen angeboten, die nach Rückfrage bei den Herstellern nur für Kategorie 5 spezifiziert seien, obwohl Kategorie 7 Datendosen anzubereiten gewesen wären. Unter Bezugnahme auf diesen Prüfbericht wurde im Vergabevorschlag vom 17. Mai 1999 des Architekten *** der Bundesbaudirektion vorgeschlagen, den Zuschlag der ZZZ GmbH zu erteilen (vergleiche Beilage zu OZ 13 Vergabeunterlagen).

Mit Fax vom 31. Mai 1999 wandten sich die Antragsteller, vertreten durch die auch nunmehr im Verfahren für sie auftretenden Rechtsanwälte, an den Auftraggeber, protestierten gegen die beabsichtigte Vergabe an die ZZZ GmbH und betonten nochmals, dass der Nachweis der Ausschreibungskonformität der angebotenen Datendosen erbracht worden sei. Mit Fax vom 17. Juni 1999 ersuchte der Auftraggeber die Bundesbaudirektion entsprechend dem Vergabevorschlag vom 17. Mai 2001 vorzugehen und die Firma ZZZ GmbH zu beauftragen. Bereits am 14. 6. 1999 hatte der Rechtsanwalt des Auftraggebers den Antragstellern mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden werde, weil die angebotenen Datendosen und Patch-Kabel den Ausschreibungsbedingungen zweifelsfrei nicht entsprächen. Der von den Bietern geforderte Nachweis der Ausschreibungskonformität sei nicht erbracht worden (vgl. S-98/99- 10). Daraufhin wandten sich die Antragsteller mit Eingabe vom 22. 6. 1999, eingelangt am 24. 6. 1999, an die Bundes-Vergabekontrollkommission und ersuchten um Schlichtung einer Meinungsverschiedenheit betreffend die Frage des Ausscheidens des Angebotes der Antragsteller bzw. die Frage der Ausschreibungskonformität der angebotenen Datendosen und Patch-Kabel. Mit Fax vom 31. Mai 1999 wandten sich die Antragsteller, vertreten durch die auch nunmehr im Verfahren für sie auftretenden Rechtsanwälte, an den Auftraggeber, protestierten gegen die beabsichtigte Vergabe an die ZZZ GmbH und betonten nochmals, dass der Nachweis der Ausschreibungskonformität der angebotenen Datendosen erbracht worden sei. Mit Fax vom 17. Juni 1999 ersuchte der Auftraggeber die Bundesbaudirektion entsprechend dem Vergabevorschlag vom 17. Mai 2001 vorzugehen und die Firma ZZZ GmbH zu beauftragen. Bereits am 14. 6. 1999 hatte der Rechtsanwalt des Auftraggebers den Antragstellern mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden werde, weil die angebotenen Datendosen und Patch-Kabel den Ausschreibungsbedingungen zweifelsfrei nicht entsprächen. Der von den Bietern geforderte Nachweis der Ausschreibungskonformität sei nicht erbracht worden (vergleiche S-98/99- 10). Daraufhin wandten sich die Antragsteller mit Eingabe vom 22. 6. 1999, eingelangt am 24. 6. 1999, an die Bundes-Vergabekontrollkommission und ersuchten um Schlichtung einer Meinungsverschiedenheit betreffend die Frage des Ausscheidens des Angebotes der Antragsteller bzw. die Frage der Ausschreibungskonformität der angebotenen Datendosen und Patch-Kabel.

Im Rahmen des Schlichtungsverfahrens vor der Bundes-Vergabekontrollkommission wurde festgestellt, dass das Vorhaben Teil eines Gesamtvorhabens zur Funktionssanierung und Erweiterung des BGs bzw. des BRGs sei, für welches die Vorhabenskosten mit ca. ATS 75 Millionen geschätzt wurden. Ferner wurde festgestellt, dass der geschätzte Auftragswert für das ersuchensgegenständliche Los betreffend die schwachstromtechnischen Arbeiten ca. ATS 4 Millionen beträgt und im Rahmen des Gesamtvorhabens weitere Lose vergeben wurden, wobei die Summe jener Lose, deren geschätzter Auftragswert - wie das verfahrensgegenständliche - unter Euro 1 Million liegt, den Wert von 20% der Gesamtvorhabenskosten übersteigt (vgl. Bericht der Bundes-Vergabekontrollkommission vom 5. Juli 1999, S-98/99-9). In der Schlichtungsverhandlung vor der Bundes-Vergabekontrollkommission am 7. Juli 1999 kamen Antragsteller und Auftraggeber überein, dass die von den Antragstellern angebotenen Kabelprodukte den Standards der Ausschreibung entsprechen. Hinsichtlich der Frage der Ausschreibungskonformität der angebotenen Datendosen wurde über Vorschlag der Bundes-Vergabekontrollkommission eine gütliche Einigung dahingehend erzielt, dass die vergebende Stelle überprüft, ob im Zeitpunkt der Angebotsöffnung, sohin am 1. April 1999, Produkte des Erzeugers R & M mit der Typenreihenbezeichnung ACS erhältlich waren, die die Anforderungen der Kategorie 7 (bis 600 Mhz) erfüllen. Sollte diese Überprüfung positiv ausfallen, sei die mit unklarer Bezeichnung der angebotenen Produkte begründete Ausscheidung der Bietergemeinschaft der Antragsteller zurückzunehmen (vgl. Verhandlungsprotokoll vom

7. 7. 1999 der Bundes-Vergabekontrollkommission, S-98/99-11). Nach einem Aufklärungsgespräch am 7. 7. 1999 übermittelten die Antragsteller der Bundesbaudirektion Konformitätszertifikate einer dänischen Prüfstelle "Third Party Testing - 3P", aus denen sich nach Ansicht der Antragsteller ergab, dass die angebotenen Datendosen den Anforderungen der Kategorie 7 (600 Mhz) entsprechen. Ferner wurde ein Schreiben des Herstellers, der Fa. M., vom 12. 7. 1999 vorgelegt, in dem ausgeführt wurde, dass die Datendosen IBM-Typ C (R8xx) zwar in der Katalogausgabe September 1997 als Kategorie 5 Dosen gelistet worden seien, doch wurde unter Hinweis auf vorgelegte Prüfzertifikate der dänischen Prüfstelle "3P Third Party Testing" ausgeführt, dass die von der Fa. M. angebotenen IBM-ACS Komponenten vom Produzenten R&M den entsprechenden Normen für Kategorie 7 entsprechen und die in den Produktlinien IBM-ACS und R&M-freenet verwendeten Anschlussmodule in ihrem technischen Übertragungsverhalten ident seien (vgl. Schreiben der Antragsteller vom 22. 7. 1999, Vergabeunterlagen, Beilage zu OZ 13). Architekt *** prüfte die nunmehr vorgelegten Unterlagen und kam zum Ergebnis, dass die vorgelegten Prüfzeugnisse nicht das angebotene Produkt, sondern IBM-Produkte betreffen. Ferner stellte er fest, dass die Aussage des Herstellers, der Fa. M., betreffend Übereinstimmung der angebotenen Produkte mit den geforderten Leistungseigenschaften, nicht nachgewiesen worden sei. Aus diesem Grunde hielt er den ursprünglichen Vergabevorschlag vom 17. 5. 1999 aufrecht (vgl. Schreiben des Architekten *** vom 27. 7. 1999). Im übrigen beschränkte sich die Angebotsprüfung auf die Überprüfung der Preise sowie der Ausschreibungskonformität der Angebote. Die neben dem Preis aufgestellten weiteren Zuschlagskriterien wurden nicht angewendet (vgl. Beweiswürdigung). Im Rahmen des Schlichtungsverfahrens vor der Bundes-Vergabekontrollkommission wurde festgestellt, dass das Vorhaben Teil eines Gesamtvorhabens zur Funktionssanierung und Erweiterung des BGs bzw. des BRGs sei, für welches die Vorhabenskosten mit ca. ATS 75 Millionen geschätzt wurden. Ferner wurde festgestellt, dass der geschätzte Auftragswert für das ersuchensgegenständliche Los betreffend die schwachstromtechnischen Arbeiten ca. ATS 4 Millionen beträgt und im Rahmen des Gesamtvorhabens weitere Lose vergeben wurden, wobei die Summe jener Lose, deren geschätzter Auftragswert - wie das verfahrensgegenständliche - unter Euro 1 Million liegt, den Wert von 20% der Gesamtvorhabenskosten übersteigt (vergleiche Bericht der Bundes-Vergabekontrollkommission vom 5. Juli 1999, S-98/99-9). In der Schlichtungsverhandlung vor der Bundes-Vergabekontrollkommission am 7. Juli 1999 kamen Antragsteller und Auftraggeber überein, dass die von den Antragstellern angebotenen Kabelprodukte den Standards der Ausschreibung entsprechen. Hinsichtlich der Frage der Ausschreibungskonformität der angebotenen Datendosen wurde über Vorschlag der Bundes-Vergabekontrollkommission eine gütliche Einigung dahingehend erzielt, dass die vergebende Stelle überprüft, ob im Zeitpunkt der Angebotsöffnung, sohin am 1. April 1999, Produkte des Erzeugers R & M mit der Typenreihenbezeichnung ACS erhältlich waren, die die Anforderungen der Kategorie 7 (bis 600 Mhz) erfüllen. Sollte diese Überprüfung positiv ausfallen, sei die mit unklarer Bezeichnung der angebotenen Produkte begründete Ausscheidung der Bietergemeinschaft der Antragsteller zurückzunehmen (vergleiche Verhandlungsprotokoll vom 7. 7. 1999 der Bundes-Vergabekontrollkommission, S-98/99-11). Nach einem Aufklärungsgespräch am 7. 7. 1999 übermittelten die Antragsteller der Bundesbaudirektion Konformitätszertifikate einer dänischen Prüfstelle "Third Party Testing - 3P", aus denen sich nach Ansicht der Antragsteller ergab, dass die angebotenen Datendosen den Anforderungen der Kategorie 7 (600 Mhz) entsprechen. Ferner wurde ein Schreiben des Herstellers, der Fa. M., vom 12. 7. 1999 vorgelegt, in dem ausgeführt wurde, dass die Datendosen IBM-Typ C (R8xx) zwar in der Katalogausgabe September 1997 als Kategorie 5 Dosen gelistet worden seien, doch wurde unter Hinweis auf vorgelegte Prüfzertifikate der dänischen Prüfstelle "3P Third Party Testing" ausgeführt, dass die von der Fa. M. angebotenen IBM-ACS Komponenten vom Produzenten R&M den entsprechenden Normen für Kategorie 7 entsprechen und die in den Produktlinien IBM-ACS und R&M-freenet verwendeten Anschlussmodule in ihrem technischen Übertragungsverhalten ident seien (vergleiche Schreiben der Antragsteller vom 22. 7. 1999, Vergabeunterlagen, Beilage zu OZ 13). Architekt *** prüfte die nunmehr vorgelegten Unterlagen und kam zum Ergebnis, dass die vorgelegten Prüfzeugnisse nicht das angebotene Produkt, sondern IBM-Produkte betreffen. Ferner stellte er fest, dass die Aussage des Herstellers, der Fa. M., betreffend Übereinstimmung der angebotenen Produkte mit den geforderten Leistungseigenschaften, nicht nachgewiesen worden sei. Aus diesem Grunde hielt er den ursprünglichen Vergabevorschlag vom 17. 5. 1999 aufrecht (vergleiche Schreiben des Architekten *** vom 27. 7. 1999). Im übrigen beschränkte sich die Angebotsprüfung auf die Überprüfung der Preise sowie der Ausschreibungskonformität der Angebote. Die neben dem Preis aufgestellten weiteren Zuschlagskriterien wurden nicht angewendet (vergleiche Beweiswürdigung).

Am 6. August 1999 wurde zwischen dem Auftraggeber, vertreten durch die Bundesbaudirektion und der ZZZ GmbH

eine Verlängerung der Bindungsdauer des Angebotes der ZZZ GmbH bis zum 30. 9. 1999 vereinbart (OZ 16). Am selben Tag entschied der zuständige Abteilungsleiter der Bundesbaudirektion, dass dem Vergabevorschlag des Generalplaners zu folgen und der Zuschlag der ZZZ GmbH zu erteilen sei. Daraufhin wurden sämtliche Bieter, mit Ausnahme der ZZZ GmbH, mit Schreiben vom 6. 8. 1999 davon verständigt, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne. Nachdem auch der zuständige Gruppenleiter der Bundesbaudirektion die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Fa. ZZZ am 16. August 1999 zur Kenntnis genommen hatte, wurde auf Grund der Genehmigung durch den Abteilungsleiter der Bundesbaudirektion vom 6. August 1999 das Zuschlagsschreiben an die ZZZ GmbH am 23. 8. 1999 abgefertigt (vgl. GZ. AV 90.103/1020-406/99 der Bundesbaudirektion, Beilage zu OZ 13 sowie Zuschlagsschreiben, OZ 5). Dieses Zuschlagsschreiben langte am 25. August 1999 bei der ZZZ GmbH ein (OZ 9). Am 6. August 1999 wurde zwischen dem Auftraggeber, vertreten durch die Bundesbaudirektion und der ZZZ GmbH eine Verlängerung der Bindungsdauer des Angebotes der ZZZ GmbH bis zum 30. 9. 1999 vereinbart (OZ 16). Am selben Tag entschied der zuständige Abteilungsleiter der Bundesbaudirektion, dass dem Vergabevorschlag des Generalplaners zu folgen und der Zuschlag der ZZZ GmbH zu erteilen sei. Daraufhin wurden sämtliche Bieter, mit Ausnahme der ZZZ GmbH, mit Schreiben vom 6. 8. 1999 davon verständigt, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne. Nachdem auch der zuständige Gruppenleiter der Bundesbaudirektion die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Fa. ZZZ am 16. August 1999 zur Kenntnis genommen hatte, wurde auf Grund der Genehmigung durch den Abteilungsleiter der Bundesbaudirektion vom 6. August 1999 das Zuschlagsschreiben an die ZZZ GmbH am 23. 8. 1999 abgefertigt (vgl. GZ. AV 90.103/1020-406/99 der Bundesbaudirektion, Beilage zu OZ 13 sowie Zuschlagsschreiben, OZ 5). Dieses Zuschlagsschreiben langte am 25. August 1999 bei der ZZZ GmbH ein (OZ 9).

Aus den Beweisaufnahmen des Sachverständigen (Gutachten, OZ 26, Ausführungen in der mündlichen Verhandlung, OZ 35) ergibt sich, dass die von den Antragstellern verwendete Typenbezeichnung "ACS" keine Typenbezeichnung ist, sondern diese Abkürzung (= Advanced Connectivity System) ein umfangreiches Sortiment von Komponenten für die universelle Gebäudeverkabelung bezeichnet und daher keine Bezeichnung eines bestimmten Produktes, sondern Bezeichnung für ein bestimmtes System ist. Dies ergibt sich aus den im Zeitpunkt des Vergabeverfahrens verfügbaren Katalogen der Hersteller. Allein auf Grund der Angaben im Angebot der Antragsteller ergab sich daher nicht, welches bestimmte Erzeugnis die Antragsteller angeboten haben, noch ergab sich daraus, welche Erzeugnisse als angebotene Erzeugnisse in Betracht kommen. Allerdings sind unter der Systembezeichnung "ACS" im Zeitpunkt des Vergabeverfahrens am Markt Produkte verfügbar gewesen, die den Anforderungen der Ausschreibung betreffend die geforderte Übertragungsrate von 600 Mhz entsprachen. Aus den von den Antragstellern im Zuge des Vergabeverfahrens vorgelegten Unterlagen ergab sich, dass die Antragsteller davon ausgingen, das Erzeugnis Fabrikat R&M, Type freenet DIN-Anschlussdose, 2 Port sowie Dosen-Anschlussmodul, 2xRJ45/s, mit den Artikelnummern R925858 und R925551 angeboten zu haben. Dieses Erzeugnis erfüllt die in der Ausschreibung aufgestellten Anforderungen betreffend Übertragungsfrequenzen bis zu 600 Mhz. Zur Feststellung der Ausschreibungskonformität auf Grund der vorgelegten Unterlagen hätte der Auftraggeber Sachverständige benötigt.

Die einzelnen Sachverhaltsfeststellungen gründen sich auf die in Klammer angeführten Beweismittel. An Echtheit und Richtigkeit der vorgelegten Unterlagen sind dem erkennenden Senat keine Zweifel gekommen und haben auch die Verfahrensparteien diesbezüglich kein Vorbringen erstattet. Bei der Beweiswürdigung war insbesondere von den vollständigen und schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen in Befund und Gutachten sowie bei der mündlichen Erörterung auszugehen. Jedenfalls soweit diese Ausführungen entscheidungserheblich waren, wurden sie von den Parteien nicht bestritten. Noch weniger wurde den Ausführungen des Sachverständigen durch die Parteien auf gleichem fachlichem Niveau entgegengetreten. Sowie die Antragsteller die Ausführungen des Sachverständigen betreffend die Möglichkeiten des Auftraggebers, die Ausschreibungskonformität des Produktes auf Grund der Unterlagen der Bieter ohne Zuhilfenahme von Sachverständigen festzustellen, bestreiten, erübrigte sich die Aufnahme weiterer Sachverständigenbeweise, weil die Frage im Hinblick auf die Pflicht des Auftraggebers, allenfalls Sachverständige beizuziehen (vgl. unten) sowie unter Bedachtnahme auf den zu ermittelnden objektiven Sinngehalt des Angebotes der Antragsteller (vgl. unten) ohnehin nicht entscheidungserheblich war. Die Feststellung betreffend Nichtanwendung anderer Zuschlagskriterien gründet sich darauf, dass im Prüfbericht in keiner Weise irgendwelchen diesbezüglichen Ausführungen enthalten sind. Die einzelnen Sachverhaltsfeststellungen gründen sich auf die in Klammer angeführten Beweismittel. An Echtheit und Richtigkeit der vorgelegten Unterlagen sind dem erkennenden Senat keine Zweifel gekommen und haben auch die Verfahrensparteien diesbezüglich kein Vorbringen erstattet. Bei der Beweiswürdigung war insbesondere von den vollständigen und schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen in

Befund und Gutachten sowie bei der mündliche Erörterung auszugehen. Jedenfalls soweit diese Ausführungen entscheidungserheblich waren, wurden sie von den Parteien nicht bestritten. Noch weniger wurde den Ausführungen des Sachverständigen durch die Parteien auf gleichem fachlichem Niveau entgegengetreten. Sowie die Antragsteller die Ausführungen des Sachverständigen betreffend die Möglichkeiten des Auftraggebers, die Ausschreibungskonformität des Produktes auf Grund der Unterlagen der Bieter ohne Zuhilfenahme von Sachverständigen festzustellen, bestreiten, erübrigte sich die Aufnahme weiterer Sachverständigenbeweise, weil die Frage im Hinblick auf die Pflicht des Auftraggebers, allenfalls Sachverständige beizuziehen (vergleiche unten) sowie unter Bedachtnahme auf den zu ermittelnden objektiven Sinngehalt des Angebotes der Antragsteller (vergleiche unten) ohnehin nicht entscheidungserheblich war. Die Feststellung betreffend Nichtanwendung anderer Zuschlagskriterien gründet sich darauf, dass im Prüfbericht in keiner Weise irgendwelchen diesbezüglichen Ausführungen enthalten sind.

Die Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und zur Zulässigkeit der Anträge römisch eins. Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und zur Zulässigkeit der Anträge:

Der Auftraggeber Bundesimmobiliengesellschaft mbH ist nach ständiger Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes öffentlicher Auftraggeber iSv § 11 Abs. 1 Z 3 BVergG. Die Durchführung von Elektroinstallationsarbeiten im Rahmen eines Bauvorhabens ist ein Bauauftrag iSv § 2 Abs. 1 Z 1 BVergG iVm Anhang I, Untergruppe Der Auftraggeber Bundesimmobiliengesellschaft mbH ist nach ständiger Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG. Die Durchführung von Elektroinstallationsarbeiten im Rahmen eines Bauvorhabens ist ein Bauauftrag iSv Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Anhang römisch eins, Untergruppe

503.5 des Gesetzes. Der Auftrag ist ein Los eines Gesamtvorhabens zur Errichtung eines Bauwerks iSv § 6 Abs. 2 BVergG. Der geschätzte Auftragswert dieses Gesamtvorhabens beträgt ca. ATS 75 Millionen und übersteigt daher den für Bauwerke geltenden Schwellenwert gemäß § 6 Abs. 1 BVergG in Höhe von 5 Millionen Euro (= ATS 68,801.500 Millionen). Zwar erreicht der geschätzte Auftragswert des antragsgegenständlichen Loses mit ATS ca. 4 Millionen nicht den Losschwellenwert gemäß § 6 Abs. 2 3. Satz Bundesvergabegesetz in Höhe von 1 Million Euro (= ATS 13,760.300 Millionen). Doch übersteigt der Gesamtwert aller Kleinstlose (d.s. Lose mit einem geschätzten Auftragswert von weniger als 1 Million Euro) die Summe von 20% des kumulierten Wertes aller Lose des gesamten Vorhaben, sodass nach § 6 Abs. 2 Satz 3, letzter Halbsatz die Beschränkung für Kleinstlose nicht zur Anwendung gelangt und sohin alle Lose des Gesamtvorhabens in den Geltungsbereich des Gesetzes fallen. Der Auftrag fällt daher sowohl in den sachlichen wie auch den persönlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes und ist das Bundesvergabeamt daher gemäß § 113 BVergG zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig. 503.5 des Gesetzes. Der Auftrag ist ein Los eines Gesamtvorhabens zur Errichtung eines Bauwerks iSv Paragraph 6, Absatz 2, BVergG. Der geschätzte Auftragswert dieses Gesamtvorhabens beträgt ca. ATS 75 Millionen und übersteigt daher den für Bauwerke geltenden Schwellenwert gemäß Paragraph 6, Absatz eins, BVergG in Höhe von 5 Millionen Euro (= ATS 68,801.500 Millionen). Zwar erreicht der geschätzte Auftragswert des antragsgegenständlichen Loses mit ATS ca. 4 Millionen nicht den Losschwellenwert gemäß Paragraph 6, Absatz 2, 3. Satz Bundesvergabegesetz in Höhe von 1 Million Euro (= ATS 13,760.300 Millionen). Doch übersteigt der Gesamtwert aller Kleinstlose (d.s. Lose mit einem geschätzten Auftragswert von weniger als 1 Million Euro) die Summe von 20% des kumulierten Wertes aller Lose des gesamten Vorhaben, sodass nach Paragraph 6, Absatz 2, Satz 3, letzter Halbsatz die Beschränkung für Kleinstlose nicht zur Anwendung gelangt und sohin alle Lose des Gesamtvorhabens in den Geltungsbereich des Gesetzes fallen. Der Auftrag fällt daher sowohl in den sachlichen wie auch den persönlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes und ist das Bundesvergabeamt daher gemäß Paragraph 113, BVergG zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 113 Abs. 2 Z 1 bzw. 2 ist die Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie die Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen nur bis zur Zuschlagserteilung zulässig. Auf Grund der Verlängerung der Bindungsdauer des Angebotes des Zuschlagsempfängers wurde der Zuschlag wirksam erteilt, als das Zuschlagsschreiben der vergebenden Stelle am 25. 8. 1999 beim Zuschlagsempfänger einlangte. Infolge dieser Zuschlagserteilung war daher das Begehren der Antragsteller, soweit es auf die Nichtigerklärung gerichtet war, zu Spruchpunkt 1 Satz 2 bzw. soweit es auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichtet war, zu Spruchpunkt 2 zurückzuweisen. Gemäß Paragraph 113, Absatz 2, Ziffer eins, bzw. 2 ist die Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie die Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen nur bis zur Zuschlagserteilung zulässig. Auf Grund der Verlängerung der Bindungsdauer

des Angebotes des Zuschlagsempfängers wurde der Zuschlag wirksam erteilt, als das Zuschlagsschreiben der vergebenden Stelle am 25. 8. 1999 beim Zuschlagsempfänger einlangte. Infolge dieser Zuschlagserteilung war daher das Begehren der Antragsteller, soweit es auf die Nichtigerklärung gerichtet war, zu Spruchpunkt 1 Satz 2 bzw. soweit es auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichtet war, zu Spruchpunkt 2 zurückzuweisen.

Da das Bundesvergabeamt gemäß § 113 Abs. 1 zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nur nach Maßgabe der Bestimmungen des folgenden Hauptstücks zuständig ist und die Zuständigkeiten des Bundesvergabeamtes laut diesem Hauptstück nur die Erlassung einstweiliger Verfügungen, die Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen (§ 113 Abs. 2 Z 1 und 2 BVergG), die Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde (§ 113 Abs. 3 erster Satz BVergG), die Feststellung, ob ein übergangener Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte (§ 113 Abs. 3 letzter Satz BVergG) sowie gemäß § 117 Abs. 3 die Feststellung, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt oder nicht, zukommt, fehlt es dem Bundesvergabeamt an der gesetzlichen Grundlage zur bescheidmäßigen Feststellung des Bestbieters. Die Feststellung gemäß § 113 Abs. 3 Satz 1 umfasst ja gerade nicht diese Feststellung, sondern lediglich die Feststellung, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Mangels gesetzlicher Grundlage war daher zu Spruchpunkt 3 Satz 2 jener Teil des Antrages, der auf die bescheidmäßige Feststellung des Bestbieters gerichtet war, zurückzuweisen. Da das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 113, Absatz eins, zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nur nach Maßgabe der Bestimmungen des folgenden Hauptstücks zuständig ist und die Zuständigkeiten des Bundesvergabeamtes laut diesem Hauptstück nur die Erlassung einstweiliger Verfügungen, die Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen (Paragraph 113, Absatz 2, Ziffer eins und 2 BVergG), die Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde (Paragraph 113, Absatz 3, erster Satz BVergG), die Feststellung, ob ein übergangener Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte (Paragraph 113, Absatz 3, letzter Satz BVergG) sowie gemäß Paragraph 117, Absatz 3, die Feststellung, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt oder nicht, zukommt, fehlt es dem Bundesvergabeamt an der gesetzlichen Grundlage zur bescheidmäßigen Feststellung des Bestbieters. Die Feststellung gemäß Paragraph 113, Absatz 3, Satz 1 umfasst ja gerade nicht diese Feststellung, sondern lediglich die Feststellung, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Mangels gesetzlicher Grundlage war daher zu Spruchpunkt 3 Satz 2 jener Teil des Antrages, der auf die bescheidmäßige Feststellung des Bestbieters gerichtet war, zurückzuweisen.

Die vor der Bundes-Vergabekontrollkommission am 7. 7. 2001 erzielte gütliche Einigung steht dem Nachprüfungsverfahren nicht entgegen, da der Auftraggeber nach dieser gütlichen Einigung die Frage der Ausschreibungskonformität an Hand neuer Unterlagen inhaltlich geprüft hat und insofern eine neue Entscheidung getroffen hat, mag diese auch inhaltlich jener entsprechen, die er vor Anrufung der Bundes-Vergabekontrollkommission durch die Antragsteller getroffen hatte. Die von den Antragstellern angefochtene Ausscheidungsentscheidung ist daher eine andere Sache iSv § 115 Abs. 2 Z 2 BVergG als jene, die Gegenstand des Schlichtungsverfahrens vor der Bundes-Vergabekontrollkommission war. Die vor der Bundes-Vergabekontrollkommission am 7. 7. 2001 erzielte gütliche Einigung steht dem Nachprüfungsverfahren nicht entgegen, da der Auftraggeber nach dieser gütlichen Einigung die Frage der Ausschreibungskonformität an Hand neuer Unterlagen inhaltlich geprüft hat und insofern eine neue Entscheidung getroffen hat, mag diese auch inhaltlich jener entsprechen, die er vor Anrufung der Bundes-Vergabekontrollkommission durch die Antragsteller getroffen hatte. Die von den Antragstellern angefochtene Ausscheidungsentscheidung ist daher eine andere Sache iSv Paragraph 115, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG als jene, die Gegenstand des Schlichtungsverfahrens vor der Bundes-Vergabekontrollkommission war.

Da auch die sonstigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, sind die verbleibenden Anträge bzw. Teile der Anträge zulässig.

II. Zur inhaltlichen Beurteilung der Anträge: römisch zwei. Zur inhaltlichen Beurteilung der Anträge:

Zu Spruchpunkt 1:

Die Antragsteller haben vor Zuschlagserteilung einen auf Nachprüfung und Nichtigerklärung der

Ausscheidensentscheidung gerichteten Antrag eingebracht, nach Einbringung des Antrages wurde jedoch der Zuschlag erteilt. Aus den Materialien zu § 117 Abs. 3 BVergG (in der Stammfassung BVergG 1993 § 94 Abs. 3 BVergG, vgl. Rv 972 BlgNR, 18. GP, 70) ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt diesfalls gemäß § 117 Abs. 3 BVergG unter den Voraussetzungen des § 117 Abs. 1 (Rechtswidrigkeit der Auftraggeberentscheidung und Wesentlichkeit der Entscheidung für den Ausgang des Verfahrens) gemäß § 117 Abs. 3 festzustellen hat, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt. Die Antragsteller haben vor Zuschlagserteilung einen auf Nachprüfung und Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gerichteten Antrag eingebracht, nach Einbringung des Antrages wurde jedoch der Zuschlag erteilt. Aus den Materialien zu Paragraph 117, Absatz 3, BVergG (in der Stammfassung BVergG 1993 Paragraph 94, Absatz 3, BVergG, vergleiche Rv 972 BlgNR, 18. GP, 70) ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt diesfalls gemäß Paragraph 117, Absatz 3, BVergG unter den Voraussetzungen des Paragraph 117, Absatz eins, (Rechtswidrigkeit der Auftraggeberentscheidung und Wesentlichkeit der Entscheidung für den Ausgang des Verfahrens) gemäß Paragraph 117, Absatz 3, festzustellen hat, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt.

Gegenstand des diesbezüglichen Teils des Nachprüfungsverfahrens ist daher die Rechtmäßigkeit der Entscheidung, das Angebot der Antragsteller auszuschneiden. Der Auftraggeber hat sich hiebei auf § 52 Abs. 1 Z 5 und Z 8 BVergG berufen. Gegenstand des diesbezüglichen Teils des Nachprüfungsverfahrens ist daher die Rechtmäßigkeit der Entscheidung, das Angebot der Antragsteller auszuschneiden. Der Auftraggeber hat sich hiebei auf Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 5 und Ziffer 8, BVergG berufen.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 BVergG sind Angebote von Bietern, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt, auszuschneiden. Wie der Auftraggeber richtig ausführt, steht diese Bestimmung systematisch im Zusammenhang mit § 48 Abs. 1 BVergG, wonach vom Bieter verbindliche Aufklärung zu verlangen ist, wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst, einschließlich etwaiger Variantenangebote oder Alternativangebote, oder über die geplante Art der Durchführung ergeben oder Mängel festgestellt werden. Allerdings ist die Verpflichtung und sohin auch die Befugnis des Auftraggebers Aufklärung zu verlangen insofern eingeschränkt, als nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung Aufklärung nur zu verlangen ist, wenn die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind. Vor dem systematischen Hintergrund des allgemeinen Zivilrechts, dessen Abänderung nicht der Intention des Vergabegesetzgebers entsprechen würde, können nur solche Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sein, die auch nach Anwendung der entsprechenden zivilrechtlichen Rechtsvorschriften betreffend die Auslegung von Willenserklärungen, wie es Angebote im Vergabeverfahren ja sind, aufrecht bleiben. Ist das Angebot des Bieters daher mit Unklarheiten behaftet, können diese jedoch unter Anwendung der §§ 914 - 916 insofern behoben werden, als durch Auslegung ein eindeutiger, objektiver Sinngehalt zu ermitteln ist, liegt keine aufklärungsbedürftige Unklarheit des Angebotes iSv § 52 Abs. 1 Z 5 BVergG vor, die ein Ausscheiden des Angebotes rechtfertigen würde. Gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG sind Angebote von Bietern, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt, auszuschneiden. Wie der Auftraggeber richtig ausführt, steht diese Bestimmung systematisch im Zusammenhang mit Paragraph 48, Absatz eins, BVergG, wonach vom Bieter verbindliche Aufklärung zu verlangen ist, wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst, einschließlich etwaiger Variantenangebote oder Alternativangebote, oder über die geplante Art der Durchführung ergeben oder Mängel festgestellt werden. Allerdings ist die Verpflichtung und sohin auch die Befugnis des Auftraggebers Aufklärung zu verlangen insofern eingeschränkt, als nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung Aufklärung nur zu verlangen ist, wenn die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind. Vor dem systematischen Hintergrund des allgemeinen Zivilrechts, dessen Abänderung nicht der Intention des Vergabegesetzgebers entsprechen würde, können nur solche Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sein, die auch nach Anwendung der entsprechenden zivilrechtlichen Rechtsvorschriften betreffend die Auslegung von Willenserklärungen, wie es Angebote im Vergabeverfahren ja sind, aufrecht bleiben. Ist das Angebot des Bieters daher mit Unklarheiten behaftet, können diese jedoch unter Anwendung der Paragraphen 914, - 916 insofern behoben werden, als durch Auslegung ein eindeutiger, objektiver Sinngehalt zu ermitteln ist, liegt keine aufklärungsbedürftige Unklarheit des Angebotes iSv Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG vor, die ein Ausscheiden des Angebotes rechtfertigen würde.

Angebote im Vergabeverfahren sind auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet, bei dem Leistung und Gegenleistung

ausgetauscht werden soll. Bei solchen zweiseitig verbindlichen Verträgen wird gemäß § 915 zweiter Halbsatz ABGB eine undeutliche Äußerung zum Nachteile desjenigen erklärt, der sich der selben bedient hat. Zuvor ist allerdings gemäß § 914 bei der Auslegung nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Angebote im Vergabeverfahren sind auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet, bei dem Leistung und Gegenleistung ausgetauscht werden soll. Bei solchen zweiseitig verbindlichen Verträgen wird gemäß Paragraph 915, zweiter Halbsatz ABGB eine undeutliche Äußerung zum Nachteile desjenigen erklärt, der sich der selben bedient hat. Zuvor ist allerdings gemäß Paragraph 914, bei der Auslegung nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.

Der Inhalt des Angebotes der Antragsteller war betreffend die Frage des Hinsichtlich der anzubietenden Datendosen angebotenen Produkts insoferne unklar und daher auslegungsbedürftig, als sich aus dem Gutachten des Sachverständigen ergibt, dass allein nach dem Erklärungsgehalt des Angebotes noch gar kein bestimmtes Produkt als angeboten anzusehen war und der von den Antragstellern verwendete Ausdruck "ACS" sowohl Produkte beinhalten konnte, die den Anforderungen bei Ausschreibung entsprechen, als auch solche, die den Anforderungen der Ausschreibung betreffend Übertragungsfrequenz von 600 Mhz nicht entsprechen. Auf diese unklare Willenserklärung waren daher zunächst die Auslegungsregeln gemäß § 914 und 915 ABGB anzuwenden, bevor eine Aufklärung iSv § 48 Abs. 1 BVergG zu verlangen war. Unter Bedachtnahme auf die Ausschreibung, in der ausdrücklich festgelegt wurde, dass der Bieter sich zum Anbieten eines Produktes, das eine Übertragungsfrequenz von 600 Mhz aufweist, zu verpflichten hatte, könnte bereits unter Anwendung des § 914 ABGB, nämlich unter Bedachtnahme auf die Absicht der Parteien und die Übung des redlichen Verkehrs, zum Schluss gekommen werden, dass der Bieter im Zweifel eben ausschreibungskonform angeboten hat. Jedenfalls aber unter Anwendung des § 915 ABGB ist davon auszugehen, dass der Bieter sich zu der ihm nachteiligeren Variante, nämlich dem Anbieten der höherwertigen, von der Ausschreibung verlangten Übertragungsfrequenzkapazität verpflichtet hat. Aus diesem Grunde ist davon auszugehen, dass der unter Anwendung der Auslegungsregeln ermittelte objektive Gehalt der Willenserklärung der Antragsteller betreffend die angebotenen Datendosen die Konformität zu den höherwertigen Anforderungen der Ausschreibung ergibt. Der Inhalt des Angebotes der Antragsteller war betreffend die Frage des Hinsichtlich der anzubietenden Datendosen angebotenen Produkts insoferne unklar und daher auslegungsbedürftig, als sich aus dem Gutachten des Sachverständigen ergibt, dass allein nach dem Erklärungsgehalt des Angebotes noch gar kein bestimmtes Produkt als angeboten anzusehen war und der von den Antragstellern verwendete Ausdruck "ACS" sowohl Produkte beinhalten konnte, die den Anforderungen bei Ausschreibung entsprechen, als auch solche, die den Anforderungen der Ausschreibung betreffend Übertragungsfrequenz von 600 Mhz nicht entsprechen. Auf diese unklare Willenserklärung waren daher zunächst die Auslegungsregeln gemäß Paragraph 914 und 915 ABGB anzuwenden, bevor eine Aufklärung iSv Paragraph 48, Absatz eins, BVergG zu verlangen war. Unter Bedachtnahme auf die Ausschreibung, in der ausdrücklich festgelegt wurde, dass der Bieter sich zum Anbieten eines Produktes, das eine Übertragungsfrequenz von 600 Mhz aufweist, zu verpflichten hatte, könnte bereits unter Anwendung des Paragraph 914, ABGB, nämlich unter Bedachtnahme auf die Absicht der Parteien und die Übung des redlichen Verkehrs, zum Schluss gekommen werden, dass der Bieter im Zweifel eben ausschreibungskonform angeboten hat. Jedenfalls aber unter Anwendung des Paragraph 915, ABGB ist davon auszugehen, dass der Bieter sich zu der ihm nachteiligeren Variante, nämlich dem Anbieten der höherwertigen, von der Ausschreibung verlangten Übertragungsfrequenzkapazität verpflichtet hat. Aus diesem Grunde ist davon auszugehen, dass der unter Anwendung der Auslegungsregeln ermittelte objektive Gehalt der Willenserklärung der Antragsteller betreffend die angebotenen Datendosen die Konformität zu den höherwertigen Anforderungen der Ausschreibung ergibt.

Da durch Auslegung der Erklärung des Angebots der Antragsteller ein objektiver, ausschreibungskonformer Sinngehalt zu ermitteln war, lag keine für die Beurteilung des Angebotes wesentliche Unklarheit vor und kam daher auch eine Aufklärung bzw. ein Ausscheiden mangels ausreichender Aufklärung nicht in Betracht. Das mit der fehlenden Aufklärung begründete Ausscheiden des Angebotes der Antragsteller war daher rechtswidrig.

Aus den obigen Darlegungen folgt, dass die Antragsteller auch objektiv gesehen ausschreibungskonform angeboten haben, sodass auch ein auf § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG gestütztes Ausscheiden aus dem Grunde des Widerspruchs zu den Ausschreibungsbestimmungen oder der Unvollständigkeit des Angebotes als rechtswidrig anzusehen ist. Da auch

sonst keine Gründe hervorgekommen sind, die das Ausscheiden des Angebotes der Antragsteller rechtfertigen hätten können, ist die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers rechtswidrig gewesen. Aus den obigen Darlegungen folgt, dass die Antragsteller auch objektiv gesehen ausschreibungskonform angeboten haben, sodass auch ein auf Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG gestütztes Ausscheiden aus dem Grunde des Widerspruchs zu den Ausschreibungsbestimmungen oder der Unvollständigkeit des Angebotes als rechtswidrig anzusehen ist. Da auch sonst keine Gründe hervorgekommen sind, die das Ausscheiden des Angebotes der Antragsteller rechtfertigen hätten können, ist die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers rechtswidrig gewesen.

Gemäß § 117 Abs. 1 Z 2 BVergG kommt eine Stattgebung des Antrages nur in Betracht, wenn die angefochtene Auftraggeberentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Nach den Materialien zu dieser Bestimmung (Rv 972 BlgNR 18. GP 69) ist eine Entscheidung der vergebenden Stelle dann von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens, wenn sie - bei rechtmäßigem Vorgehen - zur Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter bzw. Bewerber geführt hätte. Gemäß § 117 Abs. 3 BVergG sind die Bestimmungen des Abs. 1 der Bestimmung auch im Verfahren nach § 117 Abs. 3 anzuwenden. Gemäß Paragraph 117, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG kommt eine Stattgebung des Antrages nur in Betracht, wenn die angefochtene Auftraggeberentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Nach den Materialien zu dieser Bestimmung (Rv 972 BlgNR 18. Gesetzgebungsperiode 69) ist eine Entscheidung der vergebenden Stelle dann von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens, wenn sie - bei rechtmäßigem Vorgehen - zur Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter bzw. Bewerber geführt hätte. Gemäß Paragraph 117, Absatz 3, BVergG sind die Bestimmungen des Absatz eins, der Bestimmung auch im Verfahren nach Paragraph 117, Absatz 3, anzuwenden.

Wäre die vergebende Stelle im vorliegenden Fall rechtmäßig bei der Prüfung der Ausscheidenstatbestände vorgegangen, hätte sie das Ausscheiden des Angebotes der Antragsteller unterlassen müssen. Aus den Akten des Vergabeverfahrens ergibt sich, dass die vergebende Stelle nach Prüfung der Ausschreibungskonformität und der Preisangemessenheit der Angebote lediglich die unterschiedlichen Preise der Angebote bewertet hat und dem billigsten ausschreibungskonformen Angebot den Zuschlag erteilen wollte. Anders als bei der Feststellung gemäß § 113 Abs. 3 BVergG, bei der zu prüfen ist, wer Bestbieter im Sinne des Gesetzes war bzw. ob es überhaupt einen solchen gegeben hat, ist bei der Prüfung des § 117 Abs. 1 Z 2 in einem Fall wie dem vorliegenden - bei dem auf Grund des Zeitablaufs und des bereits erfolgten Zuschlages keine Prognoseentscheidung über die potentielle Wesentlichkeit angestellt werden muss, wie dies im Verfahren vor Zuschlagserteilung der Fall ist - bei Prüfung der Entscheidungswesentlichkeit der Auftraggeberentscheidung von den tatsächlichen, bereits eingetretenen Geschehensabläufen auszugehen. Aus diesen ergibt sich aber, dass der Auftraggeber auf das Angebot der Antragsteller zugeschlagen hätte, wenn er dieses nicht wegen mangelnder Ausschreibungskonformität bzw. fehlender Aufklärung ausgeschieden hätte. Da diese Ausscheidensentscheidung aber rechtswidrig war, sind beide Tatbestandsvoraussetzungen des § 117 Abs. 1 BVergG erfüllt und war daher dem Antrag gemäß § 117 Abs. 3 BVergG stattzugeben. Wäre die vergebende Stelle im vorliegenden Fall rechtmäßig bei der Prüfung der Ausscheidenstatbestände vorgegangen, hätte sie das Ausscheiden des Angebotes der Antragsteller unterlassen müssen. Aus den Akten des Vergabeverfahrens ergibt sich, dass die vergebende Stelle nach Prüfung der Ausschreibungskonformität und der Preisangemessenheit der Angebote lediglich die unterschiedlichen Preise der Angebote bewertet hat und dem billigsten ausschreibungskonformen Angebot den Zuschlag erteilen wollte. Anders als bei der Feststellung gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG, bei der zu prüfen ist, wer Bestbieter im Sinne des Gesetzes war bzw. ob es überhaupt einen solchen gegeben hat, ist bei der Prüfung des Paragraph 117, Absatz eins, Ziffer 2, in einem Fall wie dem vorliegenden - bei dem auf Grund des Zeitablaufs und des bereits erfolgten Zuschlages keine Prognoseentscheidung über die potentielle Wesentlichkeit angestellt werden muss, wie dies im Verfahren vor Zuschlagserteilung der Fall ist - bei Prüfung der Entscheidungswesentlichkeit der Auftraggeberentscheidung von den tatsächlichen, bereits eingetretenen Geschehensabläufen auszugehen. Aus diesen ergibt sich aber, dass der Auftraggeber auf das Angebot der Antragsteller zugeschlagen hätte, wenn er dieses nicht wegen mangelnder Ausschreibungskonformität bzw. fehlender Aufklärung ausgeschieden hätte. Da diese Ausscheidensentscheidung aber rechtswidrig war, sind beide Tatbestandsvoraussetzungen des Paragraph 117, Absatz eins, BVergG erfüllt und war daher dem Antrag gemäß Paragraph 117, Absatz 3, BVergG stattzugeben.

An diesem Ergebnis vermag auch das Vorbringen des Auftraggebers, es sei ihm ohne die besondere Sachkunde des

Sachverständigen nicht möglich gewesen, die Ausschreibungskonformität zu überprüfen bzw. seien ihm solche Recherchen nicht zumutbar, nichts zu ändern und ist auch die diesbezügliche Feststellung des Sachverständigen nicht entscheidungserheblich. Der Auftraggeber irrt nämlich wenn er vermeint, der Einsatz eines Sachverständigen stehe in seinem Belieben. Bereits aus dem Wortlaut des § 47 Abs. 1 BVergG ergibt sich die Pflicht, Sachverständige beizuziehen, wenn wie im vorliegenden Fall die Angebotsprüfung solches erfordert. Wird doch in Satz 2 dieser Bestimmung ausdrücklich angeordnet, dass "erforderlichenfalls" Sachverständige beizuziehen sind (vgl. BVA 25. 5. 1998, N-8/98-16, in Fruhmann und andere, BVergG (2) (1999) E 2 zu § 47 BVergG). Auch unter Bedachtnahme auf die Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit gemäß Artikel 126b Abs. 5 B-VG ergibt sich die Verpflichtung des Auftraggebers zur Angebotsprüfung Sachverständige beizuziehen, wenn dies zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes erforderlich ist. Anderes könnte sich auf Grund der Haushaltsgrundsätze nur ergeben, wenn der mit der Heranziehung von Sachverständigen verbundene Aufwand in keinem Verhältnis zu dem mit der Ermittlung des besten Angebotes möglichen, erzielbaren Vorteilen stehen würde. Letzteres war im vorliegenden Vergabeverfahren jedoch nicht der Fall. Haben doch die Feststellungen des Sachverständigen ergeben, dass bereits die Prüfung der einschlägigen Kataloge zum Schluss geführt hätte, dass unter der von den Antragstellern verwendeten Bezeichnung "ACS" sowohl ausschreibungskonforme als auch nicht ausschreibungskonforme Produkte erhältlich sind. Bereits der vom Auftraggeber ohnehin beauftragte Generalplaner hätte als Techniker in der Lage sein müssen, solche Erhebungen anzustellen. Insofern wäre dem Auftraggeber im vorliegenden Fall nicht notwendigerweise ein zusätzlicher Prüfaufwand angefallen. Wenn der vom Auftraggeber ausgewählte Generalplaner dies unterlassen hat, ist dem Auftraggeber culpa in eligendo vorzuwerfen. Bereits auf Grund dieser Feststellung hätte der Auftraggeber sodann zum Ergebnis kommen können, dass der Erklärungsinhalt im Angebot der Antragsteller unklar und daher auslegungsbedürftig war. Zur rechtlich gebotenen weiteren Vorgangsweise, nämlich der Anwendung der Auslegungsregeln der §§ 914 ff ABGB wäre allenfalls ein - wohl kaum aufwendiger - rechtskundiger Rat einzuholen gewesen. Die Verantwortung des Auftraggebers, es seien ihm die entsprechenden Recherchen nicht zumutbar gewesen, geht daher fehl. An diesem Ergebnis vermag auch das Vorbringen des Auftraggebers, es sei ihm ohne die besondere Sachkunde des Sachverständigen nicht möglich gewesen, die Ausschreibungskonformität zu überprüfen bzw. seien ihm solche Recherchen nicht zumutbar, nichts zu ändern und ist auch die diesbezügliche Feststellung des Sachverständigen nicht entscheidungserheblich. Der Auftraggeber irrt nämlich wenn er vermeint, der Einsatz eines Sachverständigen stehe in seinem Belieben. Bereits aus dem Wortlaut des Paragraph 47, Absatz eins, BVergG ergibt sich die Pflicht, Sachverständige beizuziehen, wenn wie im vorliegenden Fall die Angebotsprüfung solches erfordert. Wird doch in Satz 2 dieser Bestimmung ausdrücklich angeordnet, dass "erforderlichenfalls" Sachverständige beizuziehen sind vergleiche BVA 25. 5. 1998, N-8/98-16, in Fruhmann und andere, BVergG (2) (1999) E 2 zu Paragraph 47, BVergG). Auch unter Bedachtnahme auf die Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit gemäß Artikel 126b Absatz 5, B-VG ergibt sich die Verpflichtung des Auftraggebers zur Angebotsprüfung Sachverständige beizuziehen, wenn dies zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes erforderlich ist. Anderes könnte sich auf Grund der Haushaltsgrundsätze nur ergeben, wenn der mit der Heranziehung von Sachverständigen verbundene Aufwand in keinem Verhältnis zu dem mit der Ermittlung des besten Angebotes möglichen, erzielbaren Vorteilen stehen würde. Letzteres war im vorliegenden Vergabeverfahren jedoch nicht der Fall. Haben doch die Feststellungen des Sachverständigen ergeben, dass bereits die Prüfung der einschlägigen Kataloge zum Schluss geführt hätte, dass unter der von den Antragstellern verwendeten Bezeichnung "ACS" sowohl ausschreibungskonforme als auch nicht ausschreibungskonforme Produkte erhältlich sind. Bereits der vom Auftraggeber ohnehin beauftragte Generalplaner hätte als Techniker in der Lage sein müssen, solche Erhebungen anzustellen. Insofern wäre dem Auftraggeber im vorliegenden Fall nicht notwendigerweise ein zusätzlicher Prüfaufwand angefallen. Wenn der vom Auftraggeber ausgewählte Generalplaner dies unterlassen hat, ist dem Auftraggeber culpa in eligendo vorzuwerfen. Bereits auf Grund dieser Feststellung hätte der Auftraggeber sodann zum Ergebnis kommen können, dass der Erklärungsinhalt im Angebot der Antragsteller unklar und daher auslegungsbedürftig war. Zur rechtlich gebotenen weiteren Vorgangsweise, nämlich der Anwendung der Auslegungsregeln der Paragraphen 914, ff ABGB wäre allenfalls ein - wohl kaum aufwendiger - rechtskundiger Rat einzuholen gewesen. Die Verantwortung des Auftraggebers, es seien ihm die entsprechenden Recherchen nicht zumutbar gewesen, geht daher fehl.

Zu Spruchpunkt 3:

Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers ist Gegenstand dieses Antrages eben nicht das Ausscheiden ihres

Angebotes, sondern ergibt sich aus dem klaren Wortlaut ihres Antrages, das Gegenstand dieses Nachprüfungsbegehrens die Zuschlagserteilung als solche ist. Unabhängig von der Frage der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens der Antragsteller, die nur im Verfahren gemäß § 117 Abs. 3 BVergG zu prüfen war, ist daher - dem Antrag gemäß § 113 Abs. 2 wurde ja nur teilweise stattgegeben - der Eventualantrag der Antragsteller auf Feststellung, dass der Zuschlag wegen Verletzung des Bundesvergabegesetzes nicht dem Bestbieter erteilt wurde, zu prüfen. Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers ist Gegenstand dieses Antrages eben nicht das Ausscheiden ihres Angebotes, sondern ergibt sich aus dem klaren Wortlaut ihres Antrages, das Gegenstand dieses Nachprüfungsbegehrens die Zuschlagserteilung als solche ist. Unabhängig von der Frage der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens der Antragsteller, die nur im Verfahren gemäß Paragraph 117, Absatz 3, BVergG zu prüfen war, ist daher - dem Antrag gemäß Paragraph 113, Absatz 2, wurde ja nur teilweise stattgegeben - der Eventualantrag der Antragsteller auf Feststellung, dass der Zuschlag wegen Verletzung des Bundesvergabegesetzes nicht dem Bestbieter erteilt wurde, zu prüfen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ergibt sich aus § 29 Abs. 4 BVergG, dass die relative Bedeutung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander klar sein muss und die bloße Angabe einer Rangordnung diesem Erfordernis nicht genügt (vgl. BVA vom 18. 6. 1998, F-3/98-12, Connex 1998, Heft 9, 51ff; BVA 8. 6. 1999, N-18/99-13, Connex 1999, Heft 9, 55ff; BVA 2. 7. 1999, N-27/99-13, Connex 1999, Heft 9, 59ff; BVA 15. 7. 1999, N- 48/99-14, N-51/99-8, Connex 2000, H 2, 32ff; BVA 15. 12. 1999, N- 49/99-12, Connex 2000, H 3, 40ff). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ergibt sich aus Paragraph 29, Absatz 4, BVergG, dass die relative Bedeutung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander klar sein muss und die bloße Angabe einer Rangordnung diesem Erfordernis nicht genügt vergleiche BVA vom 18. 6. 1998, F-3/98-12, Connex 1998, Heft 9, 51ff; BVA 8. 6. 1999, N-18/99-13, Connex 1999, Heft 9, 55ff; BVA 2. 7. 1999, N-27/99-13, Connex 1999, Heft 9, 59ff; BVA 15. 7. 1999, N- 48/99-14, N-51/99-8, Connex 2000, H 2, 32ff; BVA 15. 12. 1999, N- 49/99-12, Connex 2000, H 3, 40ff).

Da der Auftraggeber im vorliegenden Fall die Zuschlagskriterien lediglich in der Art einer Rangordnung angegeben hat, aus der die relative Bedeutung der Kriterien im Verhältnis nicht so klar wird, dass ein willkürlicher Beurteilungsspielraum des Auftraggebers ausgeschlossen wäre, waren die Zuschlagskriterien der Ausschreibung rechtswidrig und wäre daher die Ausschreibung wegen wesentlicher rechtswidriger Bestandteile zwingend gemäß § 55 Abs. 1 BVergG zu widerrufen gewesen. Eine dennoch erfolgte Zuschlagserteilung ist daher jedenfalls nicht an den Bestbieter im Sinne des Gesetzes ergangen und erweist sich daher die von den Antragstellern ihrem gesamten Vorbringen nach angefochtene Zuschlagserteilung ebenfalls als Rechtswidrigkeit. Bei dieser Sachlage musste nicht mehr darauf eingegangen werden, dass die Zuschlagskriterien auf Grund mangelnder Transparenz vermutlich ohnehin mit einer weiteren Rechtswidrigkeit behaftet sind, da auf Grund des Ausschreibungsinhalts nicht klar ist, inwiefern die vom Auftraggeber festgelegten Kriterien hätten geprüft werden sollen. Vielmehr scheint es auf Grund der Ausschreibung so zu sein, dass der Auftraggeber vermeint hat, seiner Verpflichtung zum Qualitätswettbewerb gemäß § 53 BVergG genügen zu können, wenn er zum Schein irgendwelche Zuschlagskriterien festsetzt und weder bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlage noch während der Angebotsprüfung irgendwelche Vorkehrungen trifft, um diese Zuschlagskriterien tatsächlich zur Anwendung zu bringen. Da die Zuschlagserteilung aber bereits aus den erwähnten Gründen rechtswidrig war und nicht an den Bestbieter erfolgt ist, konnte die Frage einer darin liegenden weiteren Rechtswidrigkeit dahinstehen. Da der Auftraggeber im vorliegenden Fall die Zuschlagskriterien lediglich in der Art einer Rangordnung angegeben hat, aus der die relative Bedeutung der Kriterien im Verhältnis nicht so klar wird, dass ein willkürlicher Beurteilungsspielraum des Auftraggebers ausgeschlossen wäre, waren die Zuschlagskriterien der Ausschreibung rechtswidrig und wäre daher die Ausschreibung wegen wesentlicher rechtswidriger Bestandteile zwingend gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG zu widerrufen gewesen. Eine dennoch erfolgte Zuschlagserteilung ist daher jedenfalls nicht an den Bestbieter im Sinne des Gesetzes ergangen und erweist sich daher die von den Antragstellern ihrem gesamten Vorbringen nach angefochtene Zuschlagserteilung ebenfalls als Rechtswidrigkeit. Bei dieser Sachlage musste nicht mehr darauf eingegangen werden, dass die Zuschlagskriterien auf Grund mangelnder Transparenz vermutlich ohnehin mit einer weiteren Rechtswidrigkeit behaftet sind, da auf Grund des Ausschreibungsinhalts nicht klar ist, inwiefern die vom Auftraggeber festgelegten Kriterien hätten geprüft werden sollen. Vielmehr scheint es auf Grund der Ausschreibung so zu sein, dass der Auftraggeber vermeint hat, seiner Verpflichtung zum Qualitätswettbewerb gemäß Paragraph 53, BVergG genügen zu können, wenn er zum Schein irgendwelche Zuschlagskriterien festsetzt und weder bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlage noch während

der Angebotsprüfung irgendwelche Vorkehrungen trifft, um diese Zuschlagskriterien tatsächlich zur Anwendung zu bringen. Da die Zuschlagserteilung aber bereits aus den erwähnten Gründen rechtswidrig war und nicht an den Bestbieter erfolgt ist, konnte die Frage einer darin liegenden weiteren Rechtswidrigkeit dahinstehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Bundesvergabeamt, Zuständigkeit, Feststellung des Bestbieters; Ausscheiden von Angeboten, Aufklärung, Unterlassung, Auslegung des Angebots; Prüfung der Angebote, Beiziehung von Sachverständigen; Ausschreibung, Zuschlagskriterien;

Dokumentnummer

VERGT_20000218_N_34_99_41_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