

TE Bvwg Erkenntnis 2016/5/12 W139 2118941-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.05.2016

Entscheidungsdatum

12.05.2016

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §123 Abs1

BVergG 2006 §123 Abs2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lita

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §5

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. ABGB § 914 heute

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

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

- [illegible]

2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
-
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
-
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 Abs 1 BVergG durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Wolfgang POINTNER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Manfred KATZENSCHLAGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Einsatz und Trainingsmunition" der Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Bundesministerium für Inneres, Herrengasse 7, 1010 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der XXXX, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, Absatz eins, BVergG durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Wolfgang POINTNER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Manfred KATZENSCHLAGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Einsatz und Trainingsmunition" der Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Bundesministerium für Inneres, Herrengasse 7, 1010 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der römisch 40, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wird gemäß §§ 129 Abs 1 Z 7 sowie 312 BVergG abgewiesen. römisch eins. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wird gemäß Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 7, sowie 312 BVergG abgewiesen.

II. Der Antrag "auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren durch den Ausspruch, dass der Antragsgegner schuldig ist, die vom Antragsteller entrichteten Antragsgebühren in gesetzlicher Höhe binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird gemäß § 319 BVergG abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag "auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren durch den Ausspruch, dass der Antragsgegner schuldig ist, die vom Antragsteller entrichteten Antragsgebühren in gesetzlicher Höhe binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird gemäß Paragraph 319, BVergG abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang/Vorbringen der Parteien: römisch eins. Verfahrensgang/Vorbringen der Parteien:

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 28.12.2015 das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit Anträgen auf Akteneinsicht und Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass sich die Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren "Lieferung von Einsatz- Und Trainingsmunition" beteiligt habe und ihr Angebot am 18.12.2015 mit der Begründung ausgeschieden worden sei, dass bei der chemischen Untersuchung von Munitionsmustern im Anzündsatz hohe Kupferwerte festgestellt worden seien.

Die Ausschreibung werde nach dem Billigstbieterprinzip durchgeführt. Gemäß Punkt 2e der technischen Leistungsbeschreibung sowie Punkt 6.7 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen dürfe im Anzündsatz der angebotenen Munition keine Kupferverbindung enthalten sein. In diesem Zusammenhang sei gemäß Punkt 2e der Technischen Leistungsbeschreibung und Punkt 6.6 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen ein Analysezertifikat der Anzündmasse samt Datenblatt mit Angabe der einzelnen Substanzen gefordert. Weiters sei im Zuge der Leistungserbringung gemäß den Punkten 5.13ff und 6.7 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen eine Fertigungsüberwachung unter anderem zur Überprüfung der Zusammensetzung der Anzündmasse vorgesehen.

Die Antragstellerin habe ein ausschreibungskonformes Angebot mit dem günstigsten Gesamtpreis gelegt. Entgegen der Begründung der Auftraggeberin enthalte der Anzündsatz der angebotenen Munition keine Kupferverbindungen.

Der Regelungszusammenhang des Punktes 2e der technischen Leistungsbeschreibung sowie des Punktes 6.7 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zeige, dass es für die Ausschreibungskonformität des Angebotes im Hinblick auf die Zusammensetzung des Anzündsatzes (insbesondere keine Kupferverbindungen) nicht auf die Munitionsmuster sondern nur auf das dem Angebot beizulegende Analysezertifikat samt Datenblatt ankomme. Wenn sich die Zusammensetzung ohnehin schon einwandfrei aus dem Munitionsmuster ableiten ließe, wäre eine nachträgliche Kontrolle im Rahmen der Leistungserbringung entbehrlich.

Nach dem vorgelegten Analysezertifikat samt Datenblatt enthalte der Anzündsatz der angebotenen Munition kein Kupfer, was auch im Rahmen der Leistungserbringung bei der ohnedies ausführlich geregelten Fertigungsprüfung jederzeit kontrolliert werden könne.

Im Übrigen stütze sich die Ausscheidensentscheidung ausschließlich auf eine durch die Auftraggeberin durchgeführte chemische Untersuchung der mit dem Angebot vorgelegten Munitionsmuster. Eine derartige chemische Analyse habe keine ausreichende Aussagekraft über die ursprüngliche Zusammensetzung der Anzündmasse. Die Patronenhülse samt Anzündhütchen bestehe aus Messing, sodass der in das Anzündhütchen eingearbeitete Anzündsatz spätestens beim Zusammenbau der Patrone mit Messing (Kupferlegierung) in Kontakt komme. Weiters sei das aus einem Munitionsmuster entnommene Anzündmaterial immer auf Grund der dafür notwendigen nachträglichen mechanischen Manipulation verunreinigt. Aus der vorgenommenen Analyse könne jedenfalls nicht abgeleitet werden, ob der ursprünglich in die Munition eingearbeitete Anzündsatz Kupfer enthalten habe.

Der Antragstellerin drohe aufgrund des rechtswidrigen Vorgehens ein Schaden aus entgangenem Gewinn sowie der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Weiters seien die Kosten der Verfahrensteilnahme, des vorliegenden Nachprüfungsantrages und der anwaltlichen Vertretung Bestandteil des Schadens. Die Antragstellerin werde in ihren Rechten auf Berücksichtigung ihres Angebotes, Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes, Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, Gleichbehandlung und auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren verletzt.

Mit Schriftsatz vom 30.12.2015, eingelangt am 04.01.2016, erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch die Finanzprokurator, dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Am 11.01.2016 nahm die Auftraggeberin zum gesamten Vorbringen Stellung und führte aus, dass sowohl in den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen als auch der technischen Leistungsbeschreibung eindeutig und mehrmals ausgeführt werde, dass die Angebotsmuster für Prüf- und Erprobungszwecke vorzulegen gewesen seien und somit alle Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllen müssten. Die Beurteilung der Ausschreibungskonformität beziehe sich entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht nur auf das vorzulegende Analysezertifikat. Es sei eindeutig normiert worden, dass die "Nichterfüllung eines MUSS-Kriteriums [...] zum Ausscheiden des Angebotes" führe. In Punkt 2e der technischen Leistungsbeschreibung und in Punkt 6.7 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen sei die Festlegung getroffen worden: "Im Anzündsatz ist der Gehalt an Blei, Barium und Antimon, jeweils bezogen auf das Element, kleiner als 3.000 ppm w/w. Es sind keine Kupferverbindungen im Anzündsatz enthalten." Der Ausschluss von Kupferverbindungen verfolge das Ziel, die Beimengung von Kupfer(-verbindungen) zum Anzündsatz nicht zuzulassen, da der daraus entstehende Schmauch als gesundheitlich sehr bedenklich einzustufen sei. Schon im Rahmen der Ausschreibung sei darauf geachtet worden, nur schadstoffreduzierte Munition zu beschaffen, die keine oder nur äußerst geringe Beimengungen gesundheitsgefährdender Inhaltsstoffe und Schwermetalle aufweise.

Dies bedeute aber nicht, dass die fertigen Anzündsätze in den Anzündhütchen absolut kein Kupfer enthalten dürften, auch wenn hierfür kein Grenzwert festgelegt worden sei. Dies deshalb, da je nach verwendeter Messmethode die Nachweisgrenzen von Metallen unterschiedlich hoch seien und die Anzündsätze mit Werkzeugen (meist aus Messing) weiterverarbeitet und in die aus Messing angefertigten Anzündhütchen eingepresst werden. Kupferspuren würden in in geringster, für die Nutzung von Produkten nicht relevanter Konzentration immer in Industrieprodukten vorkommen. Es seien demnach keine Kupferkonzentrationen erlaubt, die auf einfach vermeidbare Kontaminationen oder gar auf den Zusatz von Kupfer und Kupferverbindungen zurückzuführen seien.

Das Bundeskriminalamt habe eine Überprüfung der vorgelegten Muster in einer akkreditierten Prüfstelle durchgeführt. Die von der Antragstellerin vorgelegten Muster hätten im Anzündsatz einen Kupferwert von 3765-6930 ppm aufgewiesen. Wie die hohen Kupferanteile in die Angebotsmuster gelangt seien - ob bereits vorab beigemischt

oder im Laufe des Produktionsprozesses - könne nicht beantwortet werden und sei dies auch letztendlich unerheblich. Die aufgefundenen Werte von Kupfer und Zink würden im Verhältnis 8:1 stehen, was nicht auf die Messinglegierung der Patrone (Verhältnis 2:1) zurückgeführt werden könne. Weiters seien bei der mikroskopischen Untersuchung mehrfach Kupferspäne in den Anzündsätzen gefunden worden. Die Arbeitsschritte der Delaborierung würden ohne zerspanende Arbeitsmethoden unter Einhaltung des Standes der Waffen- und Munitionstechnik mit größtmöglicher Sorgfalt erfolgen. Eine neuerliche Extrahierung habe dieselben Ergebnisse hervorgebracht. Wie die Analyse der Muster anderer Hersteller auch gezeigt habe, führe die Verarbeitung der Anzündsätze und die Delaborierung der Anzündhütchen sowie die Vorbereitung dieser Bestandteile für die Analyse auch nur zu minimalen Kupfergehalten. Die unüblich hohen Kupfergehalte hätten ihre Ursache daher nicht in der Demontage der Musterpatronen sondern seien mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf einen vorangegangenen Kupfereinschluss zurückzuführen, weswegen die Angebotsmuster nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen würden. Demgegenüber gebe der geringe Wert der bestimmten Kupfergehalte in Höhe von 277-293 ppm bei der zweiten Bieterin keinen Hinweis auf zugesetztes Kupfer/zugesetzte Kupferverbindungen. Darüber hinaus würden die Werte bei der Antragstellerin nicht mit den Angaben im Analysezertifikat übereinstimmen, was einen zusätzlichen Ausscheidensgrund darstelle. Anhand der vorgelegten Unterlagen könne gerade nicht bewiesen werden, dass die Anzündsätze keine Kupferbestandteile enthalten. Es könne nicht von einem vollinhaltlichen Zutreffen der jeweiligen Werte die Rede sein. Die Antragstellerin wäre dazu angehalten gewesen, ein Analysezertifikat, welches nicht älter als drei Monate sei, vorzulegen.

Mit Schriftsatz vom 25.01.2016 führte die Antragstellerin aus, es komme für die Erfüllung der Ausschreibungsanforderung allein auf die ursprüngliche Zusammensetzung des Anzündsatzes an. Die von der Auftraggeberin vorgenommene chemische Analyse habe keine hinreichende Aussagekraft über diese ursprüngliche Zusammensetzung und könne daraus jedenfalls nicht abgeleitet werden, ob der ursprünglich in die Munition eingearbeitete Anzündsatz Kupfer enthalten habe. Nach der eigenen Interpretation der Auftraggeberin wäre es lediglich dann schädlich, wenn im ursprünglichen Anzündsatz (vor der Einarbeitung in die Patrone) Kupfer enthalten gewesen sei, nicht aber wenn im weiteren Produktionsvorgang Kupfer in den Anzündsatz gelange. Die vorgenommene Angebotsprüfung sei offenkundig unzureichend, da selbst die Auftraggeberin nicht beantworten könne, ob Kupferanteile bereits im ursprünglichen Anzündsatz enthalten gewesen seien.

Im Übrigen habe die Auftraggeberin keine chemische Analyse der Messinglegierung vorgenommen. Das Zündhütchen weise nämlich an der Oberfläche ein völlig anderes als von der Auftraggeberin angenommenes Kupfer/Zink-Verhältnis auf. Auch lasse sich aufgrund der vorherigen Demontage der Anzündsätze und der dabei notwendigen mechanischen Vorgänge nicht mehr feststellen, an welcher Stelle sich die angeblich vorgefundenen Späne befunden hätten. Aus dem Analysezertifikat würden sich insgesamt 100% ergeben und sei daraus ersichtlich, dass der Anzündsatz keine weiteren Bestandteile enthalte. Andernfalls wären unendlich viele, auch nicht enthaltene Bestandteile im Zertifikat anzugeben.

Ergänzend nahm die Auftraggeberin am 01.02.2016 Stellung. Klargestellt werde, dass in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich bestimmt werde, dass der Anzündsatz kein Kupfer enthalten dürfe. Unter anderem auf Grundlage dieser Festlegung sei weiters auszuführen, dass es ebenfalls den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche, sollte eine Verunreinigung des Anzündsatzes durch "unreine" bzw. nicht ordnungsgemäße oder nicht dem Stand der Technik entsprechende Produktionsprozesse auftreten. Lediglich die durch das Auseinanderbauen der Patrone möglich auftretende minimale Kontaminierung des Anzündsatzes werde daher seitens der Auftraggeberin toleriert. Auf Basis der Messergebnisse sei daher festzuhalten, dass die bei der zweiten Bieterin gemessenen niedrigen Analyseergebnisse eindeutig darauf schließen lassen würden, dass der lose Anzündsatz kein Kupfer enthalte, ein dem Stand der Technik entsprechender Produktionsablauf gewährleistet sei und die minimale Kontamination daher entweder vom Zusammen- oder Auseinanderbau der Patrone stamme. Dagegen würden die bei der Antragstellerin gemessenen hohen Analyseergebnisse eindeutig darauf schließen lassen, dass entweder der lose Anzündsatz bereits Kupfer enthalte oder dieser durch einen nicht dem Stand der Technik entsprechenden Produktionsablauf in diese Masse gelangt sei. Ausgeschlossen sei, dass eine derart hohe Kontamination aus dem Auseinanderbau der Patrone resultiere, da ansonsten ähnliche Werte auch bei der zweiten Bieterin zu messen gewesen wären. Die hohen Kupferkonzentrationen würden eindeutig in der Sphäre der Antragstellerin liegen, weswegen auch der Einwand der unzureichenden Angebotsprüfung nicht fruchte. Das Angebot der Antragstellerin sei daher zwingend auszuschneiden gewesen. Bereits die äußerst niedrigen Analyseergebnisse der Musterpatronen der zweiten Bieterin würden daher

(sogar unabhängig von einer Heranziehung des Kupfer/Zink-Verhältnisses) eindeutig zeigen, dass es jedenfalls technisch möglich sei, annähernd zu 100% "saubere" Munition herzustellen, wenn es durch den Zusammenbau der Patrone lediglich zu geringfügigen Verunreinigungen kommen könne.

Ergebnis der Festlegung "Es sind keine Kupferverbindungen im Anzündsatz enthalten", wo auf das Wort "lose" bewusst verzichtet worden sei, müsse sein, dass der gelieferte Anzündsatz - von äußerst geringfügigen Kontaminationen abgesehen - kein Kupfer enthalte. Bei Auffinden von Kupfer in der Anzündmasse sei demnach ein Ausscheidensgrund nur dann nicht gegeben, wenn die gemessenen Werte nahe der Nachweisgrenze verlaufen (etwa 100 bis 300 ppm) würden und damit darauf geschlossen werden könne, dass diese trotz ordnungsgemäßen Zusammenbau tatsächlich nur von einer nicht zu verhindernden geringfügigen Kontamination stammen. Im Gegensatz dazu stelle es unter Heranziehung der dahingehenden Bestimmung in Punkt 2e der technischen Leistungsbeschreibung ("Es sind keine Kupferverbindungen im Anzündsatz enthalten") jedenfalls unabhängig davon, ob bereits der lose Anzündsatz eine Kontamination aufweise, einen zwingenden Ausscheidensgrund dar, wenn es durch einen nicht ordnungsgemäßen oder fehlerhaften bzw nicht dem Stand der Technik entsprechenden Produktionsablauf zu einer derart hohen Kupferkontamination wie bei der Antragstellerin komme, die bei einem ordnungsgemäßen bzw bei einem dem Stand der Technik entsprechenden Zusammenbau vermieden hätte werden können. In den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen sei unter Punkt 5.2 ausdrücklich bestimmt, dass die "gegenseitigen Rechte und Pflichten" neben den Ausschreibungsbestimmungen unter anderem dem "Stand der Wissenschaft und Technik" zu entsprechen hätten. In der technischen Leistungsbeschreibung werde unter Punkt 5b zudem normiert, dass ein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Qualitätssicherungssystem einzusetzen sei. Da das Musskriterium nach Punkt 2e in der technischen Leistungsbeschreibung "Es sind keine Kupferverbindungen im Anzündsatz enthalten" als Schlüsselmerkmal des Produktes jedoch nicht erfüllt und in einer signifikant überhöhten Konzentration in beiden Analyseergebnissen der Musterserienproduktion die Antragstellerin betreffend festgestellt worden sei, sei festzuhalten, dass die Antragstellerin auch dieses Musskriterium der gegenständlichen Ausschreibung nicht eingehalten habe und demnach zwingend auszuschneiden gewesen sei. Des weiteren müssten Kupfer- und Zinkwerte zumindest ein Verhältnis 1:1 aufweisen, was bei dem Analyseergebnis von etwa 8:1 keineswegs der Fall sei. Zudem habe die Auftraggeberin die Nüpfchen der Anzündhütchen analysiert und ein Verhältnis 2:1 festgestellt. Dass die Demontage der Anzündhütchen und die Entnahme der Anzündsätze nicht die Hauptursache für die hohen Kupfergehalte in der Anzündmasse der fertigen Patronen sein könne, räume die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme indirekt selbst ein, zumal sie die überhöhten Kupfergehalte auf die besondere Oberflächenbehandlung der Nüpfchen der Anzündhütchen zurückführe und nicht auf mögliche Messingspäne vom Material des Nüpfchens des Anzündhütchens. Weiters bestehe aufgrund der angegebenen erheblichen Messtoleranzen (+/-; in Summe 15%) im Analysezertifikat eine große Unsicherheit bezüglich möglicher Verunreinigungen. Ob daher nichtakzeptable Kontaminationen vorliegen würden oder nicht, könne demnach nur durch entsprechend gezielte Analysen eruiert werden, was die Auftraggeberin mit dem bekannten Ergebnis getan habe.

Mit Beschluss vom 02.02.2016 wurde XXXX zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt und am 01.03.2016 mit der Erstellung von Befund und Gutachten betraut. Mit Beschluss vom 02.02.2016 wurde römisch 40 zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt und am 01.03.2016 mit der Erstellung von Befund und Gutachten betraut.

In einer weiteren Stellungnahme vom 09.02.2016 machte die Antragstellerin geltend, dass die Auftraggeberin von ihrer ursprünglichen Argumentationslinie offenbar nichts mehr wissen wolle, indem sie behaupte, dass "lediglich die durch das Auseinanderbauen der Patrone möglich auftretende minimale

Kontamination des Anzündsatzes ... seitens der Auftraggeberin

toleriert" werde. Diese Behauptung stehe nicht nur im Widerspruch zum bisherigen Standpunkt, sie lasse sich so auch nirgends in der Ausschreibung finden. Gleiches gelte für die nun von der Auftraggeberin behauptete Anforderung, wonach es der Ausschreibung widerspreche, "sollte eine Verunreinigung des Anzündsatzes durch ‚unreine‘ bzw nicht ordnungsgemäße oder nicht dem Stand der Technik entsprechende Produktionsprozesse auftreten" oder die Behauptung einer Anforderung, wonach "der gelieferte Anzündsatz - von äußerst geringfügigen Kontaminationen abgesehen - kein Kupfer enthält". Nichts dergleichen sei in der Ausschreibung geregelt. Es werde nun offensichtlich versucht, die Ausschreibung dahingehend zurechtzubiegen, dass das beim Mitbewerber vorgefundene Kupfer "tolerierbar" werde. Beim späteren Auseinanderbau lasse sich schlicht nicht feststellen, woher bzw. in welchem genauen Ausmaß dabei allenfalls vorgefundene Kupferspuren stammen. Dementsprechend könne es für die

Beurteilung der Ausschreibungsanforderung auch nicht relevant sein, ob im Anzündsatz nach Auseinanderbau nachträglich Kupferspuren vorgefunden werden.

Die Fragenbeantwortungen durch den Sachverständigen vom 21.03.2016 und vom 07.04.2016 wurden an die Antragstellerin und die Auftraggeberin zum Parteiengehör übermittelt und darüber hinaus in einer mündlichen Verhandlung am 22.04.2016 in Anwesenheit des Sachverständigen erörtert. Den Parteien wurde ausreichend Gelegenheit eingeräumt, Fragen an den nichtamtlichen Sachverständigen zu stellen und ein ergänzendes Vorbringen zu erstatten.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

II.1. Festgestellter Sachverhalt:römisch zwei.1. Festgestellter Sachverhalt:

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens, der Schlussfolgerungen des Sachverständigen sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 22.04.2015 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Republik Österreich, vertreten durch das Bundesministerium für Inneres (in der Folge: Auftraggeberin), schrieb die gegenständliche Leistung "Einsatz- und Trainingsmunition; BMI-interne GZ: BMI-RS1920/0009-IV/5/b/2015" in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert: EUR 5.646.900,--) nach dem Billigstbieterprinzip aus (L-577157-5729; ABl 2015/S 147-270198; CPV-Code 35330000-6). Bis zum Ende der Angebotsfrist am 22.09.2015 langten zwei Angebote ein, nämlich ein Angebot der XXXX (in der Folge: Antragstellerin) einerseits und der XXXX andererseits. Die Republik Österreich, vertreten durch das Bundesministerium für Inneres (in der Folge: Auftraggeberin), schrieb die gegenständliche Leistung "Einsatz- und Trainingsmunition; BMI-interne GZ: BMI-RS1920/0009-IV/5/b/2015" in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert: EUR 5.646.900,--) nach dem Billigstbieterprinzip aus (L-577157-5729; Amtsblatt 2015/S 147-270198; CPV-Code 35330000-6). Bis zum Ende der Angebotsfrist am 22.09.2015 langten zwei Angebote ein, nämlich ein Angebot der römisch 40 (in der Folge: Antragstellerin) einerseits und der römisch 40 andererseits.

Mit Schreiben vom 11.12.2015, elektronisch abgefertigt am 18.12.2015, schied die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin mit der Begründung aus, dass "bei der chemischen Untersuchung von Angebotsmustern [...] hohe Kupferwerte (3765 - 6930 ppm/w/w) im Anzündsatz festgestellt" wurden. "Die Muster erfüllen somit nicht das Muss-Kriterium 2e der technischen Leistungsbeschreibung (Beilage 13), wonach im Anzündsatz keine Kupferverbindungen enthalten sein dürfen. Gemäß Punkt 2.5 der Allgemeinen Leistungsbeschreibung müssen die Angebotsmuster alle Anforderungen der Leistungsbeschreibung (Beilage 13) erfüllen. Ein Angebotsmuster, das diesen Anforderungen nicht entspricht, führt gemäß Punkt 2.5 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zum Ausscheiden des Angebotes."

Am 28.12.2015 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Eine Zuschlagsentscheidung wurde nicht getroffen. Das Vergabeverfahren wurde auch nicht widerrufen.

Die maßgeblichen Bestimmungen der Ausschreibung lauten auszugsweise wie folgt:

Allgemeine Ausschreibungsbedingungen

"1 ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN ZUM VERGABEVERFAHREN

...

1.4 Leistungsgegenstand und Beschaffungsziel

Ziel der Ausschreibung ist die Vergabe eines Auftrages über die Lieferung von Einsatz- und Trainingsmunition 9 mm Luger, schadstoffreduziert 6,5 g TMFK (Teilmantel Flachkopfgeschoß) für das Bundesministerium für Inneres und dessen Sondereinheiten, für die Stadtpolizei Baden, die Stadtpolizeiinspektion in Vorarlberg sowie für das Bundesministerium für Finanzen.

Die gestellten Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen sind der Technischen Leistungsbeschreibung (Beilage 13) und den sonstigen Bestimmungen dieser Ausschreibung zu entnehmen. ...

2 DAS ANGEBOT

2.1. Allgemein

Das Angebot muss sämtliche Ausschreibungsbestimmungen erfüllen und folgende Mindestinhalte klar und nachvollziehbar aufweisen, um vollständig zu sein:

...

* Vorlage der geforderten Angebotsmuster gemäß Punkt 2.5. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen sowie

* Vorlage sonstiger in den Ausschreibungsunterlagen geforderter Unterlagen, Gutachten und Erklärungen (beispielsweise Werkzeichnungen, Qualitätsprüfungs- und Analysezertifikate, Messprotokolle des Beschussamtes etc.)

Der Auftraggeber macht ausdrücklich darauf aufmerksam, dass nur vollständige Angebote und den Ausschreibungsbestimmungen entsprechende Angebote berücksichtigt werden. Die Bieter haften für die Vollständigkeit und Richtigkeit aller im Angebot gemachten Angaben.

Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber ein den Ausschreibungsbestimmungen (z.B. der Leistungsbeschreibung) widersprechendes Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden hat.

...Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber ein den Ausschreibungsbestimmungen (z.B. der Leistungsbeschreibung) widersprechendes Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden hat. ...

2.5. Angebotsmuster

Zum Zwecke der Angebotsprüfung und -bewertung muss der Bieter 10.000 Stück Munition gemäß der technischen Leistungsbeschreibung Beilage 13 für Prüf- und Erprobungszwecke kostenlos (DDP; Incoterms 2000) zu dem im Punkt 2.6. angeführten Termin und Ort vorlegen. Die Angebotsmuster müssen alle Anforderungen der Leistungsbeschreibung (Beilage 13) erfüllen. Ein Angebotsmuster, das diesen Anforderungen nicht entspricht, führt zum Ausscheiden des Angebotes.

...

4. ERMITTLUNG DES BESTEN ANGEBOTES; ZUSCHLAGSKRITERIEN

4.1. Allgemeines

Bei der Ermittlung des besten Angebotes werden nur jene Angebote berücksichtigt, die sämtliche Ausschreibungsbestimmungen erfüllen.

...

6 LEISTUNGSBESCHREIBUNG

6.1 Allgemeines

Gegenstand dieses Auftrages ist die Lieferung von Munition 9mm Luger, schadstoffreduziert, 6,5 g, TMFK (Teilmantel Flachkopfgeschoß). Die genaue Beschreibung der zu liefernden Einsatz- und Trainingsmunition ist dem Punkt 6 sowie der Technischen Leistungsbeschreibung (Beilage 13) zu entnehmen. Alle unter Punkt 6 und in der Technischen Leistungsbeschreibung (Beilage 13) geforderten Kriterien sind MUSS-Kriterien und daher zwingend zu erfüllen. ...

6.2 Beschreibung und Verwendung

... Durch den geschlossenen Geschoßboden und durch die Verwendung eines schadstoffarmen Anzündsatzes werden Schadstoffemissionen stark reduziert.

6.6 Analysezertifikate und Datenblätter

Mit dem Angebot sind nachstehende Analysezertifikate und Datenblätter vorzulegen:

1. ...

2. Analysezertifikat der Anzündmasse (Anzündhütchen) inklusive Datenblatt mit Angabe der einzelnen Substanzen (siehe Punkt 2e der Technischen Leistungsbeschreibung)

6.7. Anzündhütchen

Im Anzündsatz ist der Gehalt an Blei, Barium und Antimon, jeweils bezogen auf das Element, kleiner als 3.000 ppm w/w. Es sind keine Kupferverbindungen im Anzündsatz enthalten (siehe Punkt 2e der Technischen Leistungsbeschreibung Beilage 13).

Das Bundesministerium für Inneres behält sich die stichprobenartige Überprüfung in der Serienproduktion vor, wobei die Stichprobe zwei von jeweils zehn Lieferlosen umfasst."

Technische Leistungsbeschreibung (Beilage 13)

Erläuterungen

"M"

"M" bedeutet MUSS-Kriterium Die Nichterfüllung eines MUSS-Kriteriums oder einer sonstigen zwingend zu erfüllenden Anforderung führt zum Ausschluss des Angebotes.

..."

Die "Technische Forderung" 2e betrifft das Anzündhütchen, ist als Muss-Kriterium gekennzeichnet und lautet folgendermaßen:

"Dem Angebot liegt ein Analysezertifikat der Anzündmasse durch eine akkreditierte Stelle bei. Weiters liegt dem Angebot ein Datenblatt mit Angabe der einzelnen Substanzen der Anzündmasse bei.

Im Anzündsatz ist der Gehalt an Blei, Barium und Antimon, jeweils bezogen auf das Element, kleiner als 3.000 ppm w/w. Es sind keine Kupferverbindungen im Anzündsatz enthalten."

Da dem zur Entscheidung berufenen Senat des Bundesverwaltungsgerichtes das erforderliche Fachwissen aus dem Fachgebiet "Schusswaffen, Munition" fehlt und dieses zur Klärung technischer Fragen und zur Klärung des Inhaltes einzelner Ausschreibungsbegriffe erforderlich war, wurde unter Einbeziehung der Verfahrensparteien und Wahrung des Parteiengehörs XXXX in der gegenständlichen Angelegenheit mit Beschluss vom 02.02.2016, W139 2118941-1/20Z, zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt. Die an ihn gerichteten Fragen wurden wie folgt beantwortet: Da dem zur Entscheidung berufenen Senat des Bundesverwaltungsgerichtes das erforderliche Fachwissen aus dem Fachgebiet "Schusswaffen, Munition" fehlt und dieses zur Klärung technischer Fragen und zur Klärung des Inhaltes einzelner Ausschreibungsbegriffe erforderlich war, wurde unter Einbeziehung der Verfahrensparteien und Wahrung des Parteiengehörs römisch 40 in der gegenständlichen Angelegenheit mit Beschluss vom 02.02.2016, W139 2118941-1/20Z, zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt. Die an ihn gerichteten Fragen wurden wie folgt beantwortet:

"1. Was ist unter dem "Anzündsatz" (aus Sicht eines durchschnittlichen fachkundigen Bieters) zu verstehen? Als Anzündsatz ist jene chemische Rezeptur zu verstehen, welche die pyrotechnische Komposition im Anzündhütchen darstellt.

2. Was ist unter dem "Anzündmasse" (aus Sicht eines durchschnittlichen fachkundigen Bieters) zu verstehen? Als Anzündmasse ist jene chemische Rezeptur zu verstehen, welche die pyrotechnische Komposition im Anzündhütchen darstellt.

Anmerkung des SV zu F1.1./F1.2: - beide Begriffe sind aus Sicht eines durchschnittlichen fachkundigen Bieters vollkommen synonym in ihrer Verwendung. In der wissenschaftlichen Terminologie kann man durchaus akademische Detailunterschiede festmachen, in der Weise dass die Anzündmasse die Rezeptur umfasst, in der Weise wie sie zusammengemischt wird, um daraus in weiterer Folge den Anzündsatz her zu stellen. Kausal könnte das relevant sein, indem eine eventuelle Kontamination aus dem Anzündmasse in einer Verunreinigung der verwendeten Komponenten im Einkauf herrührt, während eine Kontamination in der Anzündsatz alle in das Anzündhütchen verbrachten Verunreinigungen umfasst, auch jene, die erst während des Bearbeitungsprozesses hinzukommen [umfasst].

3. Worauf bezieht sich das unter 2e der Leistungsbeschreibung iVm

6.6. und 3.1. der Allg. Ausschreibungsbedingungen geforderte Analysezertifikat der Anzündmasse einer akkreditierten Stelle? Das Analysezertifikat der Anzündmasse soll als Nachweis dienen, dass die Schadstoffarmut des gelieferten Artikels gegeben ist. Da nicht Anzündmasse, sondern ganze Patronen die beschafften Artikel sind, und es technisch keine sinnvolle Verwendung von Anzündmasse ohne Zündhütchen gibt, so kann [sich] dies aus qualifizierter

Sachverständigensicht nicht nur bedeuten, dass eine schadstoffarme Masse für die Einbringung in ein Zündhütchen zusammengestellt wird, sondern diese auch im Einbringungsprozess in das Zündhütchen nicht weiter kontaminiert werden darf. (Dokumentenziel: Nachweis Schadstoffarmut)

4. Ist es technisch möglich, dass der Anzündsatz der ausgeschriebenen Einsatz- und Trainingsmunition (9mm Luger, schadstoffreduziert 6,5g TMFK) in fertigem Zustand (nicht die lose Anzündmasse) keine Kupferverbindungen enthält? Das hängt von der Genauigkeit(Empfindlichkeit) der durchgeführten Messung ab. Der SV lässt in Strafsachen regelmäßig chemische Analysen in Form von Schmauchmessungen durchführen. Schmauch ist das direkte Verbrennungsergebnis des Zündsatzes nach dem Schuss. Dies hat die Intention einerseits die Entfernungsbestimmung aufgrund des Schmauchanteiles zum Ziel, andererseits wird so die exakte Zündhütchentype aufgrund chemischer Signaturen bestimmt. In den beispielhaft angeführten quantitativen Analysen eines typischen Schmauches durch ein nach 17025 akkreditiertes Labor aus Deutschland zu einem Mordfall in NRW(D) unter Verwendung der Zündhütchentype eines deutschen Herstellers verschossen aus einer Glock des Kalibers 9x19mm (siehe Anlage Annex - .I - Analysezertifikat) wurden nach mehreren Methoden etwa 1000 (932 Partikel) untersucht. Keiner davon wurde als Kupfer identifiziert, was [für] eine[r] Belastung von kleiner 1000ppm mit Kupfer entspricht. (bekannter Stand der Technik, als Richtwert in erster Näherung aufgrund Erfahrungssätzen des SV)

5. (Zusatzfrage) Ist es möglich zu einem technisch vertretbarem Aufwand eine pyrotechnische Komposition im Anzündhütchen her zu stellen, die absolut kein Kupfer, bzw. absolut keine Kupferverbindungen enthält? Ein Wert von 0 ppm (Null parts per million) Kupfer bzw. Kupferverbindungen ist bei einer ausgeschriebenen Menge vom 21,12+10,65 Millionen Patronen in großtechnischer Herstellung nicht realisierbar. Mit vertretbarem gutem Industriestandard ließen sich bestenfalls Werte von 200-1000 ppm erreichen."

Die Fragenbeantwortungen vom 18.03.2016 sowie vom 07.04.2016 wurden an die Antragstellerin und die Auftraggeberin zum Parteiengehör übermittelt und darüber hinaus in einer mündlichen Verhandlung am 22.04.2016 in Anwesenheit des Sachverständigen erörtert. Den Parteien wurde ausreichend Gelegenheit eingeräumt, Fragen an den nichtamtlichen Sachverständigen zu stellen und ein ergänzendes Vorbringen zu erstatten. Die Parteien brachten vor und der Sachverständige führte entscheidungserheblich ergänzend aus wie folgt (Auszug aus der Niederschrift):

"R: Können Sie den Vorgang des Einarbeitens der Anzündmasse in das Anzündhütchen näher beschreiben. Welche Kontaminationen sind hier wodurch möglich?

SV: [...] Nach dem Einpressen in das Näpfchen des Anzündhütchens wird der verpresste Anzündsatz mit Papier und Lack verschlossen. Dadurch kann im weiteren Herstellungsprozess keine weitere Kontaminierung erfolgen.

AG: [...] Ist es möglich, dass die gemessene Kontamination in Höhe von etwa 7.000 ppm durch das Auseinanderbauen der Patrone verursacht wird, wenn man bedenkt, dass der Anzündsatz mit Papier und Lack verschlossen ist?

SV: Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass Anzündhütchen von 2en Herstellern mit denselben Methoden untersucht wurden, erscheint es dem SV technisch sehr unwahrscheinlich, weshalb bei einem Hersteller eine Kontaminierung von 3.000 - 7.000 ppm, bei einem anderen Hersteller eine wesentlich geringere Kontaminierung festgestellt wurde, dies auf die Untersuchungsmethodik zurückzuführen. [...]

AG: Können sie beantworten, woher diese extrem hohen Kupferwerte stammen könnten?

SV: Der SV sieht mehrere Möglichkeiten der Kontamination die den Weg in die Anzündmasse bzw. Anzündsatz finden können. A) Eine oder mehrere Materialien, z.B. Grundmaterialien, beinhalten bereits Spuren von Kupfer oder Kupferverbindungen. B) Verwendete Gerätschaften, die in direkten Kontakt mit der Anzündmasse gelangen, sind mit kupferhaltigen Werkstoffen hergestellt. C) Maschinen und Anlagen könnten potenziell Reste vorangegangener Prozesse noch beinhalten, wobei diese Reststoffe eventuell andere Rezepturen aufwiesen. D) Weitere Gründe vorbehalten. [...]

R: Ist es möglich, dass der Anzündsatz durch die nachträgliche Entnahme des Anzündsatzes und der Anzündmasse aus der Patronenhülse kontaminiert wird? Wenn ja, in welcher Höhe ist dies bei fachmännischer Handhabung der Entnahme anzunehmen?

SV: Eine grundsätzliche Kontamination bei Probenentnahme ist möglich. Bei fachmännischer Handhabung der Proben, ist eine Kontaminierung im kausalen Ausmaß (Werte der ASt) mit hoher Wahrscheinlichkeit auszuschließen. Dies wäre nur bei grob unsorgfältiger Probenentnahme möglich.

AST: Können Sie es ausschließen, dass es zu einer Kontaminierung der Proben der AST in dem vorgefundenen Ausmaß durch die Entnahme gekommen ist?

SV: Der SV wiederholt seine Einschätzung. Die Einschätzung war grundsätzlich mit großer Wahrscheinlichkeit. Ein vollkommener Ausschluss ist nicht möglich.

[...]

R: Den Ausführungen in den Fragebeantwortungen 4 und zur Zusatzfrage ist zu entnehmen, dass es nicht realisierbar ist einen Wert von 0 ppm bei der ausgeschriebenen Menge in großtechnischer Herstellung zu erreichen. Sie haben jetzt ausgeführt, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine Kontaminierung in der Höhe, wie sie bei der AST vorgefunden wurde, auf die Entnahme zurückzuführen ist.

SV: Es ist aus meinen Ausführungen zu schließen, dass die in der Probenentnahme enthaltene Streuung und Messunsicherheit sich maximal in der Größenordnung des gemessenen Kupferwertes bei Bieter 2 befinden muss. Wenn ich bei der Messung des einen Produktes gleichmäßige Werte im Bereich von 200 bis 300 ppm detektiere, ist davon auszugehen, dass dies dem maximalen Streubereich und Messunsicherheitsbereich der angewandten Methodik darstellt. Dem ist hinzuzufügen, dass aufgrund der Explosivität des Grundstoffes durchaus Heterogenitäten im Grundmaterial vorkommen können, da der großtechnische Mischprozess aufgrund der möglichen Umsetzung des Stoffes während der Mischung üblicherweise auf ein Mindestmaß reduziert wird.

[...]

R: Ist es technisch möglich, dass der Anzündsatz der ausgeschriebenen Munition, verstanden als bereits in das Anzündhütchen verbracht, keine Kupferverbindungen beinhaltet?

SV: Dazu befragt, gibt der SV an, dass er seine Ausführungen in der ergänzenden Stellungnahme vom 07. April 2016 aufrecht erhält und bekräftigt, dass es großtechnisch nicht möglich ist, einen Wert von 0 ppm Kupfer bzw. Kupferverbindungen bei der ausgeschriebenen Menge an Patronen herzustellen.

R: Können Sie es kurz erläutern, weshalb ein Wert von 0 ppm nicht realisierbar ist?

SV: Ein derartiger Wert kann mit Sicherheit ausgeschlossen werden, da für über 30 Mio. Patronen eine Vielzahl an technischen Komponenten zuzukaufen wären, eine Vielzahl an Werkzeug, Personen oder Vorrichtungen notwendig wären und es technisch unmöglich wäre, zu verhindern, dass ein Partikel an Kupfer in einen Anzündsatz, sprich Anzündmasse gelangen könnte.

AG: Ist es nach Ansicht der Ast möglich, Munition herzustellen, die keine Kupferverbindungen im Anzündsatz enthält?

AST: Nein. Das haben wir nie behauptet. Das ist nicht möglich. Der Standpunkt der Ast ist auch ausführlich dahingehend beschrieben worden, dass in der Anzündmasse kein Kupfer zu sein hat. [...]"

II.2. Beweiswürdigung:römisch zwei.2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs (unter II.1) angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Die Schlussfolgerungen und Fragebeantwortungen durch den Sachverständigen erschienen dem erkennenden Senat schlüssig, nachvollziehbar und widerspruchsfrei. Hinzu kommt, dass diese im entscheidenden Punkt der Frage nach der technisch möglichen Herstellung der gegenständlichen Munition mit einem Anzündsatz, der keine Kupferverbindungen enthält (zur Auslegung dieser Anforderung siehe sodann Punkt II.3.2), durch das Vorbringen der Auftraggeberin und der Antragstellerin gestützt werden. So führt die Auftraggeberin aus, dass "keine Kupferverbindungen" nicht bedeuten würde, dass die fertigen Anzündsätze in den Anzündhütchen absolut kein Kupfer enthalten dürften. Geringste Kupferspuren würden in Industrieprodukten immer auftreten. Wie am Beispiel der zweiten Bieterin zu sehen sei, sei es technisch möglich, annähernd zu 100% "saubere" Munition herzustellen, wenn es durch den Zusammenbau der Patrone lediglich zu geringfügigen Verunreinigungen kommen könne. Ebenso gab die Antragstellerin ausdrücklich zu Protokoll, dass es nicht möglich sei, Munition herzustellen, die keine Kupferverbindungen im Anzündsatz enthalte. Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs (unter römisch zwei.1) angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Die Schlussfolgerungen und

Fragebeantwortungen durch den Sachverständigen erschienen dem erkennenden Senat schlüssig, nachvollziehbar und widerspruchsfrei. Hinzu kommt, dass diese im entscheidenden Punkt der Frage nach der technisch möglichen Herstellung der gegenständlichen Munition mit einem Anzündsatz, der keine Kupferverbindungen enthält (zur Auslegung dieser Anforderung siehe sodann Punkt römisch zwei.3.2), durch das Vorbringen der Auftraggeberin und der Antragstellerin gestützt werden. So führt die Auftraggeberin aus, dass "keine Kupferverbindungen" nicht bedeuten würde, dass die fertigen Anzündsätze in den Anzündhütchen absolut kein Kupfer enthalten dürften. Geringste Kupferspuren würden in Industrieprodukten immer auftreten. Wie am Beispiel der zweiten Bieterin zu sehen sei, sei es technisch möglich, annähernd zu 100% "saubere" Munition herzustellen, wenn es durch den Zusammenbau der Patrone lediglich zu geringfügigen Verunreinigungen kommen könne. Ebenso gab die Antragstellerin ausdrücklich zu Protokoll, dass es nicht möglich sei, Munition herzustellen, die keine Kupferverbindungen im Anzündsatz enthalte.

II.3. Rechtliche Beurteilung:römisch zwei.3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A) I.Zu A) römisch eins.

II.3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtesrömisch zwei.3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Republik Österreich. Diese ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG iVm Anh V Z 6 BVergG (siehe ua BVwG 07.04.2016, W187 2123993-1/2E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 1 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Republik Österreich. Diese ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Anh römisch fünf Ziffer 6, BVergG (siehe ua BVwG 07.04.2016, W187 2123993-1/2E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs 1 und 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG gegeben.Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG gegeben.

Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig.Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig.

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm§ 2 VwGVG und§ 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

Mit Schriftsatz vom 28.12.2015 stellte die Antragstellerin den unter Spruchpunkt A) I. wiedergegebenen Nachprüfungsantrag. Dieser genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen das Ausscheiden des Angebotes vom 18.12.2015. Dabei handelt es sich um eine

gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. In einem derartigen Fall bildet die Hauptfrage des Vergabenachprüfungsverfahrens - wie dies der VwGH bereits in einem vergleichbaren Fall erkannt hat - allein die Frage, ob die Antragstellerin von der Auftraggeberin zu Recht ausgeschieden worden ist, sohin ob die Antragstellerin einen Ausscheidenstatbestand gemäß § 129 BVergG verwirklicht hat oder nicht. Mit Schriftsatz vom 28.12.2015 stellte die Antragstellerin den unter Spruchpunkt A) römisch eins. wiedergegebenen Nachprüfungsantrag. Dieser genügt den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen das Ausscheiden des Angebotes vom 18.12.2015. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. In einem derartigen Fall bildet die Hauptfrage des Vergabenachprüfungsverfahrens - wie dies der VwGH bereits in einem vergleichbaren Fall erkannt hat - allein die Frage, ob die Antragstellerin von der Auftraggeberin zu Recht ausgeschieden worden ist, sohin ob die Antragstellerin einen Ausscheidenstatbestand gemäß Paragraph 129, BVergG verwirklicht hat oder nicht.

Die Antragstellerin stellte ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch den Verlust der Chance auf Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren entstandenen bzw. drohenden Schaden iSd § 320 Abs 1 BVergG plausibel dar, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben ist. Die Antragstellerin stellte ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch den Verlust der Chance auf Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren entstandenen bzw. drohenden Schaden iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG plausibel dar, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben ist.

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 BVergG iVm §§ 1 und 2 BVwG-PauschGebV Vergabe). Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt daher nicht vor. Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraphen eins und 2 BVwG-PauschGebV Vergabe). Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt daher nicht vor.

3.2. Inhaltliche Beurteilung

Der Antragstellerin wurde das Ausscheiden ihres Angebotes mit Schreiben vom 11.12.2015, abgefertigt am 18.12.2015, mitgeteilt. Die Auftraggeberin begründete diese Entscheidung damit, dass bei der chemischen Untersuchung von Angebotsmustern der Antragstellerin hohe Kupferwerte (3765 - 6930 ppm/w/w) im Anzündsatz festgestellt worden seien. Die Muster würden daher das Muss-Kriterium 2e der technischen Leistungsbeschreibung, wonach im Anzündsatz keine Kupferverbindungen enthalten sein dürfen, nicht erfüllen. Es liege daher ein ausschreibungswidriges Angebot vor.

Die maßgebenden Bestimmungen des BVergG lauten:

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 19, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

...

Vorgehen bei der Prüfung

§ 123. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Paragraph 123, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;1. ob den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;2. nach Maßgabe des Paragraph 70, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;
3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. die Angemessenheit der Preise;
5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wennParagraph 325, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltenden gemachten Recht verletzt, und
2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

...

Vorauszuschicken ist, dass die Ausschreibung nicht angefochten wurde. Deren Bestimmungen haben sohin Bestandskraft erlangt und sind Folge dessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote, wenn diese unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe ua VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27). Sowohl die Auftraggeberin als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (vgl. EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse; jüngst EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibung auszugehen (ua VwGH 20.05.2010, 2007/04/0072). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass die Auftraggeberin ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu § 321). Dem Bundesverwaltungsgericht ist es daher auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; ua BVwG 23.10.2014, W123 2011734-

2/24E). Vorauszuschicken ist, dass die Ausschreibung nicht angefochten wurde. Deren Bestimmungen haben sohin Bestandskraft erlangt und sind Folge dessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote, wenn diese unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe ua VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27). Sowohl die Auftraggeberin als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich vergleiche EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse; jüngst EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibung auszugehen (ua VwGH 20.05.2010, 2007/04/0072). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass die Auftraggeberin ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu Paragraph 321.). Dem Bundesverwaltungsgericht ist es daher auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; ua BVwG 23.10.2014, W123 2011734-2/24E).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach haben der Verwaltungsgerichtshof und diesem folgend die Vergabekontrolle wiederholt zur Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen ausgesprochen, dass diese nach dem objektiven Erklärungswert "für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter" bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind (ua VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 01.07.2010, 2006/04/0139, mwN). Lässt sich der Inhalt eines Begriffes aus dem allgemeinen Sprachgebrauch bzw. unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig ermitteln, so kann auch für die Klärung, welche Bedeutung eine Ausschreibungsbestimmung für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter hat, die Beiziehung eines Sachverständigen erforderlich sein (VwGH 12.09.2013, 2010/04/0066). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach haben der Verwaltungsgerichtshof und diesem folgend die Vergabekontrolle wiederholt zur Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen ausgesprochen, dass diese nach dem objektiven Erklärungswert "für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter" bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind (ua VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 01.07.2010, 2006/04/0139, mwN). Lässt sich der Inhalt eines Begriffes aus dem allgemeinen Sprachgebrauch bzw. unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig ermitteln, so kann auch für die Klärung, welche Bedeutung eine Ausschreibungsbestimmung für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter hat, die Beiziehung eines Sachverständigen erforderlich sein (VwGH 12.09.2013, 2010/04/0066).

In Punkt 6.7 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen wird ebenso wie in Punkt 2e der technischen Leistungsbeschreibung hinsichtlich des Anzündhütchens Folgendes festgelegt: "Im Anzündsatz ist der Gehalt an Blei, Barium und Antimon, jeweils bezogen auf das Element, kleiner als 3.000 ppm w/w. Es sind keine Kupferverbindungen im Anzündsatz enthalten." Es handelt sich dabei, wie auch bei der Vorlage eines "Analysezertifikates der Anzündmasse (Anzündhütchen)", um ein Muss-Kriterium, dessen Nichterfüllung zum Ausscheiden des Angebotes führt (2.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen; 6.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen; Erläuterungen zur technischen Leistungsbeschreibung). Während die Antragstellerin die Auffassung vertritt, dass die Forderung des Ausschlusses von Kupferverbindungen die lose Anzündmasse betrifft, lässt sich den Ausführungen der Auftraggeberin entnehmen, dass sich diese Festlegung auf die in das Zündhütchen eingearbeitete Anzündmasse und somit auf den "fertigen" Anzündsatz beziehen soll. Auf das Wort "lose" sei bewusst verzichtet worden.

Wie aus den Ausschreibungsunterlagen sowie dem Vorbringen der Auftraggeberin und der Antragstellerin abzuleiten ist, wird zwischen dem Begriff des "Anzündsatzes" auf der einen Seite und jenem der "Anzündmasse" auf der anderen Seite nicht deutlich differenziert. Eine Begriffsdefinition ist nicht vorgenommen worden. Es war daher nach Ansicht des erkennenden Senates im Hinblick auf die Bedeutung der genannten Begriffe erforderlich, einen Sachverständigen aus

dem Fachgebiet "Schusswaffen, Munition" zu bestellen. Der Sachverständige führt aus, dass sowohl der Begriff der "Anzündmasse" als auch der Begriff des "Anzündsatzes" grundsätzlich die pyrotechnische Komposition im Anzündhütchen beschreibt und dass diese Begriffe aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters vollkommen synonym in Verwendung stehen. Mangels klarer Abgrenzung der beiden gebrauchten Ausdrücke liefert daher eine Auslegung der Forderung "Es sind keine Kupferverbindungen im Anzündsatz enthalten" allein nach dem reinen Wortlaut kein eindeutiges Ergebnis.

Daher orientiert sich die Auslegung der in Rede stehenden Bestimmungen (Punkt 6.7 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen und Punkt 2e der technischen Leistungsbeschreibung) in einem weiteren Schritt am Zweck des gegenständlichen Rechtsgeschäfts. Leistungsgegenstand ist die Lieferung von "Munition 9mm Luger, schadstoffreduziert 6,5 g TMFK (Teilmantel Flachkopfgeschoß)". Die Reduktion der Schadstoffemissionen soll unter anderem durch Verwendung eines schadstoffarmen Anzündsatzes erreicht werden (siehe 6.2 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen). Die betreffenden technischen Anforderungen an das Anzündhütchen stellen sohin die zentralen technischen Anforderungen dar. Da es das ausdrückliche Ziel ist, die Schadstoffemissionen und damit das Ausströmen schädlicher, weil gesundheitsgefährdender Stoffe (siehe unter www.duden.de) beim Verschuss zu reduzieren, ist zweckmäßigerweise die Schadstoffarmut des fertigen Produktes zu gewährleisten. Daher sind nicht nur Kontaminationen der verwendeten losen pyrotechnischen Komposition sondern auch durch die Verarbeitung der losen Masse in das Anzündhütchen verursachte Kontaminationen hintanzuhalten. Folglich ist nach Ansicht des erkennenden Senates unter dem "Anzündsatz" in Punkt 6.7 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen und in Punkt 2e der technischen Leistungsbeschreibung die bereits in das Anzündhütchen eingearbeitete pyrotechnische Komposition zu verstehen. Somit hat der "fertige" Anzündsatz keine Kupferverbindungen zu enthalten. Dass die beiden Bieter der betreffenden Forderung letztlich auch dieses Verständnis zu Grunde gelegt haben dürften, zeigt auch der Umstand, dass sie Analysezertifikate der Zündhütchen und nicht alleine der in Verwendung stehenden losen Anzündmasse vorlegten.

In weiterer Folge vermag das Bundesverwaltungsgericht sich nicht der Sichtweise der Auftraggeberin anzuschließen, wonach die Forderung "keine Kupferverbindungen im Anzündsatz" nicht bedeute, dass die fertigen Anzündsätze in den Anzündhütchen "absolut kein Kupfer enthalten" dürften. Äußerst geringfügige, nahe der Nachweisgrenze (etwa 100 bis 300 ppm) verlaufende Kontaminierungen wären demnach erlaubt, nicht aber auf einfach vermeidbare Kontaminationen oder gar auf den Zusatz von Kupfer und Kupferverbindungen zurückzuführende Kupferkonzentrationen. Nach Ansicht des erkennenden Senates ist in Anbetracht der Bedeutung des Wortes "keine" schon der Wortlaut der betreffenden Bestimmung hinsichtlich des zulässigen Gehaltes an Kupferverbindungen eindeutig. Daher lässt der Wortlaut die von der Auftraggeberin dargelegte inhaltliche Ausgestaltung nicht zu. Nach dem Duden bedeutet das Pronomen "kein" "nicht [irgend]ein" (Einschau unter www.duden.de) und drückt damit nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die gänzliche Abwesenheit von etwas aus. Für dieses Verständnis ist überdies ins Treffen zu führen, dass die Auftraggeberin bei den Bestandteilen Blei, Antimon und Barium ausdrücklich einen Grenzwert in der Höhe von jeweils kleiner als 3.000 ppm w/w festgelegt hat, während sie davon hinsichtlich des Vorhandenseins von Kupferverbindungen im Anzündsatz - aus welchen Gründen auch immer - ganz offensichtlich abgesehen und demgegenüber unmissverständlich bestimmt hat, dass "keine Kupferverbindungen im Anzündsatz" enthalten sein dürfen. In diesem Sinne und entgegen der zuvor wiedergegebenen Sichtweise bringt die Auftraggeberin selbst vor, dass sie schon im Rahmen der Ausschreibung darauf geachtet habe, nur schadstoffreduzierte Munition zu beschaffen, die keine oder nur äußerst geringe Beimengungen bestimmter gesundheitsgefährdender Inhaltsstoffe und Schwermetalle aufweist. Daraus ist zu schließen, dass auch die Auftraggeberin bewusst zwischen "keinen" und "nur äußerst geringen Beimengungen" unterscheidet.

Wie nicht nur der Sachverständige nachvollziehbar darlegt sondern auch die Parteien selbst übereinstimmend einräumen, ist es in großtechnischer Herstellung technisch nicht möglich, bei der hier nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschriebenen Einsatz- und Trainingsmunition Anzündsätze herzustellen, welche der Anforderung "keine Kupferverbindungen im Anzündsatz" im zuvor dargelegten Sinne eines gänzlichen Ausschlusses von Kupferverbindungen (Wert von 0 ppm w/w) entsprechen würden. Die Auftraggeberin hat sohin eine Festlegung getroffen, welche von vornherein technisch nicht realisierbar ist. Diese Bestimmung der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen ist für die Auftraggeberin, auch wenn dies in dieser Ausgestaltung nicht ihre Absicht gewesen sein mag, gleichermaßen bindend wie für die Bieter. Sie bildet inhaltlich den Prüfungsrahmen für das zur

Nachprüfung berufene Bundesverwaltungsgericht. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich. Die bestandsfeste Ausschreibung stellt die unabänderliche Grundlage für die Angebotsprüfung dar.

Der Antragstellerin war es sohin bereits aus diesem Grunde von Anfang an nicht möglich, diese technische Anforderung an die Anzündsätze zu erfüllen, was auch die - insofern gar nicht erforderliche - Überprüfung der vorgelegten Angebotsmuster bestätigt. Daher wurde das Angebot der Antragstellerin als ein den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen, nämlich Punkt 6.7. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen und Punkt 2e der technischen Leistungsbeschreibung, widersprechendes Angebot im Ergebnis zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG ausgeschieden. Die Antragstellerin war mit diesem Ausscheidensgrund konfrontiert und war dieser auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Soweit die Antragstellerin ausführt, die festgestellten hohen Werte würden allein von der mechanischen Einwirkung im Zuge der Analyse der Anzündsätze der Musterpatronen durch die Auftraggeberin herrühren, so steht dies in Widerspruch zu ihrer eigenen Aussage, wonach die Herstellung eines fertigen Anzündsatzes (nicht der losen Anzündmasse), der gänzlich frei von Kupferverbindungen ist, nicht möglich sei. Der Antragstellerin war es sohin bereits aus diesem Grunde von Anfang an nicht möglich, diese technische Anforderung an die Anzündsätze zu erfüllen, was auch die - insofern gar nicht erforderliche - Überprüfung der vorgelegten Angebotsmuster bestätigt. Daher wurde das Angebot der Antragstellerin als ein den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen, nämlich Punkt 6.7. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen und Punkt 2e der technischen Leistungsbeschreibung, widersprechendes Angebot im Ergebnis zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschieden. Die Antragstellerin war mit diesem Ausscheidensgrund konfrontiert und war dieser auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Soweit die Antragstellerin ausführt, die festgestellten hohen Werte würden allein von der mechanischen Einwirkung im Zuge der Analyse der Anzündsätze der Musterpatronen durch die Auftraggeberin herrühren, so steht dies in Widerspruch zu ihrer eigenen Aussage, wonach die Herstellung eines fertigen Anzündsatzes (nicht der losen Anzündmasse), der gänzlich frei von Kupferverbindungen ist, nicht möglich sei.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung war daher spruchgemäß als unbegründet abzuweisen.

Zu A.II.

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezahlt (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm §§ 1 und 2 BVwG-PauschGebV Vergabe). Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezahlt (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraphen eins und 2 BVwG-PauschGebV Vergabe).

Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühr

Zu B. Zur Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zur Sache des Nachprüfungsverfahrens: ua VwGH vom 25.01.2014, Ra 2014/04/0001; zur Interpretation der Ausschreibung und der Willenserklärungen der Bieter: ua VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; zur Bestandskraft von Auftraggeberentscheidungen: ua VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0135; zum gebotenen Ausscheiden von Angeboten: VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zur Sache des Nachprüfungsverfahrens: ua VwGH vom 25.01.2014, Ra 2014/04/0001; zur Interpretation der Ausschreibung und der Willenserklärungen der Bieter: ua VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; zur Bestandskraft von Auftraggeberentscheidungen: ua VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0135; zum gebotenen Ausscheiden von Angeboten: VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Auslegung der Ausschreibung,
Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung,
Ausscheidensgrund, bestandfeste Ausschreibung,
Bietergleichbehandlung, gesundheitliche Eignung, Grundsatz der
Gleichbehandlung, Gutachten, Leistungsinhalt, Lieferauftrag,
Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, nichtamtlicher
Sachverständiger, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung,
objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber,
Pauschalgebührenersatz, Sachverständigenbestellung,
Sachverständigengutachten, Schaden, Vergabeverfahren,
Zuschlagskriterien

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W139.2118941.1.00

Zuletzt aktualisiert am

25.05.2016

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at