



GZ: N/0024-BVA/13/2011-24

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 MR Mag. Thomas Gruber sowie Mag. Wolfgang Pointner als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „*HKLS-Arbeiten im Gebäude Bartensteingasse 2, 1010 Wien*“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), Parlamentsdirektion, Bau- und Einrichtungsmanagement, Dr. Karl Renner Ring 3, 1017 Wien, vertreten durch X***, aufgrund der Anträge der A***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden:

I.

Der Antrag vom 1. April 2011 "*auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 25.3.2011 in Bezug auf unser Angebot*" wird gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen.

II.

Der Antrag vom 1. April 2011 "*auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG 2006, sodass ausgesprochen wird, die Republik Österreich (Bund) ist schuldig, die der Antragstellerin durch den Nachprüfungsantrag entstandenen Antragsgebühren im gesetzlichen Ausmaß zu Handen ihrer Rechtsvertreter binnen*

14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen" wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen.

III.

Die Anträge vom 24. Mai 2011 "auf Ergänzung der mündlichen Verhandlung" sowie "auf Beiziehung eines Sachverständigen" werden gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen.

B e g r ü n d u n g

1. Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 1. April 2011, beim BVA eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 25. März 2011 in Bezug auf ihr Angebot, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass der Ausschreibungsgegenstand die baulichen Änderungen und die Errichtung eines Zubaus vorübergehenden Bestandes für die barrierefreie Erschließung der Bartensteingasse 2 betreffend das Gewerk Heizung, Klima, Lüftung und Sanitär (HKLS) umfasse. Sie habe ein ausschreibungs- und vergaberechtskonformes Angebot abgegeben. Am 26. Jänner 2011 habe ein "mündliches Aufklärungsgespräch für eine vertiefte Angebotsprüfung" stattgefunden, bei welchem der Antragstellerin mitgeteilt worden sei, dass sie Bestbieterin sei. Weiters seien Bestandteile des Angebotes der Antragstellerin erörtert worden. Mit Email und Fax vom 25. März 2011 sei ihr eine Ausscheidensentscheidung mitgeteilt worden. Aus einem Auszug eines Prüfberichtes ergebe sich, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin zum einen wegen spekulativer Preisgestaltung und zum anderen deshalb ausgeschieden habe, weil sie die schriftliche Zusammenfassung ihres mündlichen Aufklärungsgespräches erst am 4. Februar 2011 der Auftraggeberin

übermittelt habe. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss und es drohe ihr ein entsprechender Schaden. Angefochten werde die Ausscheidensentscheidung vom 25. März 2011. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass sie das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot unterbreitet habe, da die Auftraggeberin Zuschlagskriterien mit entsprechend hohem Gewicht für die Qualitätskriterien festgelegt habe. Die Vermutung der Auftraggeberin, es würde eine spekulativen Preisgestaltung betreffend die angebotene 20 jährige Gesamtgarantiezeit für Hard- und Software sowie betreffend die in Position 90 des Leistungsverzeichnisses angebotenen Regiestundensätze vorliegen, sei unzutreffend. Die angebotene 20 jährige Gesamtgarantiezeit für Hard- und Software sei nicht unzulässig, da in den Ausschreibungsunterlagen nichts diesbezügliches festgelegt worden sei. Eine Spekulation aufgrund der von der Antragstellerin angebotenen Regiestundensätze liege nicht vor, da die Antragstellerin nachgewiesen habe, dass die angebotenen Stundensätze auf Basis der Mindestkollektivvertragslöhne samt kollektivvertraglichen Zuschlägen plus aller gesetzlichen Abgaben, dividiert durch die Produktivitätsstunden errechnet und kalkuliert worden sei. In dem mündlichen Aufklärungsgespräch am 26. Jänner 2011 sei der Auftraggeberin zugesagt worden, eine schriftliche Zusammenfassung des Gespräches möglichst rasch, wenn möglich bis 31. Jänner 2011, zu übermitteln. Dabei sei aber keine verbindliche Fristsetzung vorgegeben worden; es habe auch keine Festlegung gegeben, dass bei allfälligem Nichteinhalten dieser Frist das Angebot ausgeschrieben werde.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 6. April 2011 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Republik Österreich (Bund), Parlamentsdirektion, Bau- und Einrichtungsmanagement, Dr. Karl Renner Ring 3, 1017 Wien, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 500.000,-- exklusive USt der in einem offenen Verfahren vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 12.11.2010 erfolgt. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei noch nicht erfolgt. Die Antragstellerin sei mit Schreiben vom 25. März 2011 ausgeschrieben worden. Der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamtes 8. April 2011, N/0024-BVA/13/2011-6EV, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Am 5. Mai 2011 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Dabei hat die Auftraggeberin - soweit entscheidungsrelevant - vorgebracht, dass bei der Leistungsposition 840200 kein Leitfabrikat ausgeschrieben worden sei.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 10. Mai 2011 sowie vom 24. Mai 2011 gab diese - nachdem sie im Rahmen des Parteiengehörs vom BVA darauf hingewiesen wurde, dass die Antragstellerin möglicherweise deshalb zu Recht ausgeschieden wurde, weil im Angebot der Antragstellerin die Bieterlücken in den LV Positionen 84.02 00, 84.06 00, 85.01 00 (Z) und 87.00 (Z) nicht ausgefüllt wurden und weil dadurch unter anderem möglicherweise die bei den Zuschlagskriterien geregelten "*Knock-Out Kriterien*" schlagend werden - an, dass die Position 84.02 00 des Leistungsverzeichnisses lediglich eine Vorbemerkung sei. Die Antragstellerin hätte aufgrund der Positionsbeschreibung entweder das angegebene Leitfabrikat akzeptieren oder die Bieterlücken mit einem anderen Fabrikat befüllen können. Aufgrund der von der Auftraggeberin vorgegebenen Positionsbeschreibung, die ausschließlich auf ein Fabrikat Bezug nehme, habe sie davon ausgehen können, dass eine weitergehende Spezifikation nicht gefordert gewesen sei. In der Positionsbeschreibung der Position 84.06 00 werde für die Definition des darin anzubietenden Produktes auf die Festlegung in Position 84.02 verwiesen. Aus der von der Auftraggeberin vorgegebenen und bestandsfesten Positionsbeschreibung ergebe sich zwangsläufig, dass die Antragstellerin auch in Position 84.06 00 das in Position 84.02 00 verwendete Bus System angeboten habe. Damit sei durch das Anbieten des ausgeschriebenen Fabrikates "*Sauter*" das Angebot der Antragstellerin auch in dieser Position ausschreibungskonform. Auch in den Positionen 85.01 00 (Z) und 87.00 (Z) sei ein gesondertes Befüllen der Position nicht erforderlich gewesen, da durch die Festlegung "*voll kompatibel zu Bestand Sauter*" ausschreibungskonform ein voll kompatibles System zum Bestand Sauter angeboten worden sei. Aus den "*Knock-Out Kriterien*" würde sich kein Ausscheidensgrund ergeben, weil die

Antragstellerin jene Leitprodukte und -fabrikate angeboten habe, die von der Auftraggeberin in ihren bestandsfesten Positionsbeschreibungen vorgegeben worden seien. Das Angebot der Antragstellerin sei daher ausschreibungskonform. Weiters seien sämtliche Ausscheidensgründe, die dem Grunde nach von der Auftraggeberin im Vergabeverfahren nicht geprüft und die erst nachträglich im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht worden seien gemäß dem Erkenntnis des VwGH vom 1.7.2010, 2009/04/2010 nicht relevant. Die Antragstellerin stellte auch die Anträge eine Ergänzung der mündlichen Verhandlung durchzuführen und einen Sachverständigen beizuziehen.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

2. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Republik Österreich (Bund), Parlamentsdirektion, Technische Gebäudeverwaltung, Dr. Karl Renner Ring 3, 1017 Wien hat zur Beschaffung "*HKLS-Arbeiten im Gebäude Bartensteingasse 2, 1010 Wien*" einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von € 500.000,-- exklusive USt ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 12.11.2010 erfolgt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 6. April 2011)

Die "*Ausschreibungsunterlagen zur Lieferung und Installation von haustechnischen Ausrüstung den für den Bürobereich Bartensteingasse 2*" lauten auszugsweise:

"84.02 BUS-Systeme

Ausführung-Standard:

Ein BUS-System für alle im Leistungsverzeichnis festgelegten Raumautomations-Komponenten. Netzwerkvariable, welche in einer Komponente eines BUS-Systems gebildet werden, stehen allen anderen BUS-Teilnehmern uneingeschränkt zur Verfügung. Busversorgungsgeräte und Netzwerk-Infrastrukturkomponenten sind in eigenen Positionen beschrieben.

Kommentar:

Die Daten-Schnittstellen und das Kommunikationsprotokoll entsprechen einem anerkannten Standard, es gibt öffentlich zugängliche Richtlinien und Regeln bezüglich der Kommunikation sowie der für die Kommunikation erforderlichen Bauteile. Prüfinstanzen und Zertifizierungsstellen zur Sicherstellung der Kompatibilität und Interoperabilität sind eingerichtet. Für Standardapplikationen gibt es zugehörige Funktionsprofile mit Festlegung der Standardvariablen.

84.02 00

Folgende Angaben und Anforderungen an die Art und Weise der Leistungserbringung gelten als vereinbart und sind in die Einheitspreise einkalkuliert.

N BUS-System m. offener Kommunikation

Ausgeführt wird ein BUS-System mit offener Kommunikation, mit standardisierter Daten-Schnittstelle und Kommunikationsprotokoll, das die Verwendung von Komponenten unterschiedlicher Hersteller innerhalb des BUS-Systems erlaubt.

BUS-System: kompatibel zu bestehendem System der GLT, Fabrikat Sauter, wenn nötig über einen entsprechenden Interfacebaustein. Dieser muß einen Vollzugriff auf allen Funktionen der angeschlossene Geräte ermöglichen.

Gewähltes BUS-System:"

[...]

84.06 00

Folgende Angaben und Anforderungen an die Art und Weise der Leistungserbringung gelten als vereinbart und sind in die Einheitspreise einkalkuliert.

E Erzeugnis/Type zu 84.06 Beispiel AG

Das Verwenden nachstehend angebotener Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 84.06 wird vereinbart:

Betrifft Position(en): ULG 84.06

Beispielhaftes Erzeugnis/Type: passend zu unter 84.02 verwendetem Bus System und den gewählten anzusteuernenden Geräten

Angeboten ist das beispielhafte oder ein Erzeugnis/Type gleichwertiger Art.

Kriterien der Gleichwertigkeit: alles muß zusammenpassen

Angeboten:

[...]

85.01 00 (Z)

Folgende Angaben und Anforderungen an die Art und Weise der Leistungserbringung gelten als vereinbart und sind in die Einheitspreise einkalkuliert.

E Erzeugnis/Type zu 85 Beispiel AG

Das Verwenden nachstehend angebotener Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Leistungsgruppe 85 wird vereinbart:

Betrifft Position(en): LG 57

Beispielhaftes Erzeugnis/Type: voll kompartibel zu Bestand Sauter

Angeboten ist das beispielhafte oder ein Erzeugnis/Type gleichwertiger Art.

Kriterien der Gleichwertigkeit: Systemkomponenten

Angeboten:

[...]

87. 00 (Z)

Folgende Angaben und Anforderungen an die Art und Weise der Leistungserbringung gelten als vereinbart und sind in die Einheitspreise einkalkuliert.

E Erzeugnis/Type zu 87 Beispiel AG

Das Verwenden nachstehend angebotener Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Leistungsgruppe 87 wird vereinbart:

Betrifft Position(en): LG 87

Beispielhaftes Erzeugnis/Type: voll kompartibel zu Bestand Sauter

Angeboten ist das beispielhafte oder ein Erzeugnis/Type gleichwertiger Art.

Kriterien der Gleichwertigkeit: Systemkomponente

Angeboten:" (Akt des Vergabeverfahrens)

In den Ausschreibungsunterlagen ist unter "Zuschlagskriterien" unter anderem folgendes geregelt:

"Knock-Out Kriterien

Bei Eintreten folgender Umstände muß ein Angebot ausgeschieden werden:

- Nichterfüllung der Spezifikationen oder der Funktionsvorgaben.
- Nicht beweisbare Gleichwertigkeit.
- Bei Fehlen der rechtsgültigen Unterzeichnung bzw. der Vollmacht." (Akt des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt, bei welchem in den 4 Bieterlücken der oben zitierten Leistungspositionen nichts eingefügt wurde. Das Angebot der Antragstellerin wurde mit Email der Auftraggeberin vom 25. März 2011 ausgeschieden. (Schreiben der Auftraggeberin vom 6. April 2011)

Der Sachverhalt ergibt sich aus den als schlüssig und nachvollziehbar beurteilten in Klammern genannten Quellen.

3. Zur beantragten Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung

Das Angebot der Antragstellerin wurde mit Email der Auftraggeberin vom 25. März 2011 ausgeschieden. Die Auftraggeberin hat - soweit entscheidungsrelevant - vorgebracht, dass bei der Leistungsposition 84.02 00 kein Leitfabrikat ausgeschrieben worden sei.

Dazu und zu den Hinweisen des BVA im Rahmen des Parteienghört, dass die Antragstellerin möglicherweise deshalb zu Recht ausgeschieden wurde, weil im Angebot der Antragstellerin die Bieterlücken in den LV Positionen 84.02 00, 84.06 00, 85.01 00 (Z) und 87.00 (Z) nicht ausgefüllt wurden und weil dadurch unter anderem möglicherweise die bei den Zuschlagskriterien geregelten "*Knock-Out Kriterien*" schlagend werden, hat die Antragstellerin zusammengefasst vorgebracht, dass ein Ausfüllen dieser Bieterlücken nicht erforderlich gewesen sei, weil sie durch das Nichtausfüllen dieser 4 Positionen ohnehin das ausgeschriebene Fabrikat "*Sauter*" bzw. ein voll kompatibles System zum Bestand Sauter angeboten habe.

§ 98 Abs 8 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 73/2010, lautet:

"(8) Erfolgt ausnahmsweise die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz „oder gleichwertig“, sind in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses nach der entsprechenden Position vom Bieter Angaben über Fabrikat und Type der von ihm gewählten gleichwertigen Produkte und, sofern gefordert, sonstige diese Produkte betreffende Angaben zu verlangen. Die maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit sind in der Beschreibung der Leistung anzugeben."

§ 106 Abs 7 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 73/2010, lautet:

"(7) Erfolgt ausnahmsweise gemäß § 98 Abs. 7 und 8 die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz „oder gleichwertig“, so kann der Bieter in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele genannten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat."

In den Leistungsposition 84.02 00, 84.06 00, 85.01 00 (Z) und 87. 00 (Z) der unangefochten gebliebenen und damit bestandsfest gewordenen Ausschreibungsunterlage sind Bieterlücken vorgesehen. Die Antragstellerin hat diese 4 Bieterlücken nicht ausgefüllt. Gemäß § 106 Abs 7 3. Satz BVergG 2006 gelten die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele genannten Erzeugnisse als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. In den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen wurden allerdings in den die genannten Bieterlücken betreffenden Leistungspositionen keine Erzeugnisse als Beispiel genannt, weshalb § 106 Abs 7 3. Satz BVergG 2006 nicht zur Anwendung kommt.

Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 1.7.2010, 2006/04/0139). Die Auftraggeberin hat in den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen, wenn sie ein beispielhaftes Erzeugnis

nennen wollte, dies regelmäßig mit der Wortfolge "Beispielhaftes Erzeugnis/Type: [Angabe des konkreten beispielhaften Erzeugnisses bzw der beispielhaften Type]" getan (vgl zB. die Leistungspositionen 63.01 01 bis 63.01 70). Die Angaben in den 4 oben genannten Leistungspositionen, wonach das zu nennende Erzeugnis kompatibel zu dem bestehenden System Sauter sein soll, stellt jedenfalls keine Nennung eines beispielhaften Erzeugnisses, sondern eine zu erfüllende Spezifikation bzw. Funktionsvorgabe an das anzubietende Erzeugnis dar. Eine Auslegung der genannten 4 Leistungspositionen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ergibt somit, dass in den dort vorgesehenen Bieterlücken mangels Nennung eines beispielhaften Erzeugnisses jedenfalls vom Bieter Angaben zum gewählten BUS-System oder zum angebotenen Erzeugnis bzw. zur angebotenen Type zu machen gewesen wären.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die Positionsbeschreibung der Leistungsposition 84.02 00 ausschließlich auf ein Fabrikat Bezug nehme und sie davon ausgehen habe können, dass eine weitergehende Spezifikation nicht gefordert gewesen sei, so ist ihr entgegenzuhalten, dass - wie oben ausgeführt - in der Bieterlücke mangels Nennung eines beispielhaften Erzeugnisses jedenfalls vom Bieter Angaben zum angebotenen Erzeugnis bzw. zur angebotenen Type zu machen gewesen wären. Gleiches gilt für die Leistungspositionen 84.06 00, 85.01 00 (Z) und 87. 00 (Z), da diese auch keine beispielhaften Erzeugnisse benennen, sondern lediglich auf die Leistungsposition 84.02 bzw. auf den "*Bestand Sauter*" Bezug nehmen. Im Übrigen wäre es die Pflicht der Antragstellerin gewesen, bei etwaigen Unklarheiten bezüglich der genannten Leistungspositionen eine Mitteilung zur Berichtigung der Ausschreibung gemäß § 106 Abs. 6 BVergG 2006 an den Auftraggeber zu machen.

Die Antragstellerin hat somit in ihrem Angebot die Bieterlücken in den Leistungspositionen 84.02 00, 84.06 00, 85.01 00 (Z) und 87. 00 (Z) obwohl diese auszufüllen gewesen wären nicht ausgefüllt.

In den unangefochten gebliebenen und damit bestandsfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen ist als Knock-Out Kriterium, bei dessen Eintreten ein Angebot ausgeschieden werden muss, unter anderem der Fall der "*Nichterfüllung der Spezifikationen oder der Funktionsvorgaben*" genannt. Damit - und auch mit dem 2. Knock-Out Kriterium ("*Nicht beweisbare Gleichwertigkeit*") - zeigt der Auftraggeber den Bietern, dass er von ihnen beim Erstellen des Angebotes, insbesondere aber beim Ausfüllen der Bieterlücken, die Anwendung besonderer Sorgfalt erwartet. Bei dem Angebot der Antragstellerin, die diese Sorgfalt nicht angewandt hat, weil sie die 4 oben genannten Bieterlücken nicht ausgefüllt hat, ist das Knock-Out Kriterium "*Nichterfüllung der Spezifikationen oder der Funktionsvorgaben*" anzuwenden. Durch das Nichtausfüllen dieser 4 Bieterlücken sind nämlich jedenfalls die Spezifikationen und Funktionsvorgaben der jeweiligen Leistungsposition nicht erfüllt. Daher wurde das Angebot der Antragstellerin zu Recht aufgrund des in den bestandsfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen geregelten Knock-Out Kriteriums "*Nichterfüllung der Spezifikationen oder der Funktionsvorgaben*" ausgeschieden.

Im Übrigen wäre das Angebot der Antragstellerin auch deshalb auszuscheiden gewesen, weil es sich bei den dargestellten Mängeln um unbehebbar Mängel handelt. Der VwGH hat im Erkenntnis vom 25.2.2004, 2003/04/0186, zu dieser Problematik ausgeführt:

"Was unter behebbaren oder unbehebbar Mangel zu verstehen ist, orientiert sich (zunächst) nach der oben wiedergegebenen hg. Rechtsprechung, von der abzugehen der Verwaltungsgerichtshof auch im Geltungsbereich des BVergG 2002 keinen Anlass findet, daran, ob eine Verbesserung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könnte.

[...]

Es ist daher bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbar Mängeln darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde. [...] Eine andere Sicht könnte freilich auch dann gegeben sein, wenn durch eine Mängelbehebung eine (wenn auch nur mittelbare) materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote

auszuarbeiten (durch die Möglichkeit der Mängelbehebung dem diesbezüglichen Bieter ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt würde)."

Es würde im vorliegenden Fall iSd zitierten Erkenntnisses des VwGH durch eine Mängelbehebung nämlich eine (wenn auch nur mittelbare) materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin insofern eintreten, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote ausschreibungskonform (insbesondere ohne unter die "Knock-Out Kriterien" zu fallen) auszuarbeiten. Der so bevorzugte Bieter würde nämlich über die Möglichkeit verfügen, längere Zeit als die anderen Bieter zur Verfügung zu haben, um ein die Spezifikationen oder Funktionsvorgaben erfüllendes (und somit nicht unter die Knock-Out Kriterien fallendes) Angebot auszuarbeiten. Daher handelt es sich bei den dargestellten Mängeln (Nichtausfüllen der Bieterlücken in den Leistungspositionen 84.02 00, 84.06 00, 85.01 00 (Z) und 87. 00 (Z)) um unbehebbar Mängel. Auch deshalb wurde das Angebot der Antragstellerin zu Recht gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass sämtliche Ausscheidensgründe, die dem Grunde nach von der Auftraggeberin im Vergabeverfahren nicht geprüft und die erst nachträglich im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht worden seien gemäß dem Erkenntnis des VwGH vom 1.7.2010, 2009/04/2010 (Anmerkung: gemeint wohl 2009/04/0207) nicht relevant seien geht ins Leere, da dieses Erkenntnis darauf abstellt, ob es "sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuschneiden gewesen wäre" und im vorliegenden Fall es sich gerade aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens (nämlich dem Angebot der Antragstellerin) ergeben hat, dass die Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde. Im Übrigen hat der VwGH vor Kurzem in einem vergleichbaren Fall (Bekämpfung einer Ausscheidensentscheidung) einen Bescheid einer Vergabekontrollbehörde aufgehoben, weil diese es unterlassen hatte, entsprechende Feststellungen zu treffen (VwGH 21.3.2011, 2008/04/0083).

Die Anträge der Antragstellerin eine Ergänzung der mündlichen Verhandlung durchzuführen und einen Sachverständigen beizuziehen waren abzuweisen, da der maßgebende Sachverhalt ausreichend festgestellt wurde und die Aufnahme eines Beweises durch einen Sachverständigen nicht notwendig war, da die wesentliche Frage der Interpretation der Ausschreibungsunterlage eine Frage der rechtlichen Beurteilung ist, die vom BVA selbst zu beurteilen ist.

4. Gebührenersatz durch den Auftraggeber

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 73/2010, lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 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.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren € 3891,-- entrichtet. Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde besteht für die Antragstellerin gemäß § 319 BVergG 2006 kein Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 318 entrichteten Gebühren.

Wien, am 27. Mai 2011

Der Vorsitzende des Senats 13:

MR Mag. Thomas Gruber