



N/0044 -BVA/03/2011-24

Betreff: Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren „1010 Wien, Dr. Karl Lueger-Ring 1, Brandschotte“;
Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sybill Huber-Matauschek sowie die Beisitzer Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, idF BGBl I Nr. 15/2010 betreffend das Vergabeverfahren „1010 Wien, Dr. Karl Lueger-Ring 1, Brandschotte“ des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, vom 24. 5. 2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

I.

Dem Antrag "auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 16.5.2011 zu Gunsten der B****" wird **stattgegeben**.

Die Entscheidung des Auftraggebers vom 16.5.2011 zugunsten der B*** **wird für nichtig erklärt**.

II.

Dem Antrag " auf Ersatz der von uns für den vorliegenden Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren

durch den Ausspruch, dass die Auftraggeberin schuldig ist, die von uns entrichteten Pauschalgebühren in der gesetzlichen Höhe binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen," wird stattgegeben.

Der Auftraggeber Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, hat der Antragstellerin, der A**, vertreten durch X** Rechtsanwältin GmbH, die gemäß § 318 BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.891,- binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu **ersetzen**.

B e g r ü n d u n g

1. Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 23.5.2011, beim Bundesvergabebeamten protokolliert am 24.5.2011, neben den im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Gebührenersatz, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, die Zuschlagsentscheidung zugunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei rechtswidrig, da diese, insbesondere in Punkt 8 des Angebotsschreibens, die geforderte Bieterlücke nicht ausgefüllt und daher ein unvollständiges und mangelhaftes Angebot gelegt habe. Darüber hinaus habe der Auftraggeber eine unrichtige Angebotsbewertung vorgenommen und zudem die Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend begründet.

Ergänzend führte die Antragstellerin aus, sie habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt, wobei gemäß dem Deckblatt des Angebotsschreibens die jeweils stark umrandeten Teile vom Bieter auszufüllen seien. In Punkt 7. dieses Angebotsschreibens seien Angaben der Bieter zum Bruttomittelohn gefordert. In Punkt 8. seien zudem angehängte Regieleistungen folgendermaßen als prozentueller Zuschlag auf die kollektivvertraglichen Löhne sowie die Stoffkosten anzubieten gewesen.

Korrespondierend zum Zuschlagskriterium Gewährleistungsfrist sei in Punkt 10 des Angebotsschreibens eine weitere über die Mindestgewährleistungsfrist hinausgehende Gewährleistungsfrist anzubieten gewesen:

Zuzüglich biete ich im Falle der Zuschlagserteilung auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu jeder vorstehend angeführten Mindestgewährleistungsfrist weitere (maximal weitere 3 Jahre)Jahre (in Worten:Jahre) Gewährleistungsfrist an.

In der Ausschreibungsunterlage "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" habe der Auftraggeber insgesamt 20 Eignungsnachweise festgelegt, die gemäß § 70 Abs 2 BVergG über gesonderte Aufforderung vorzulegen gewesen seien, darunter insbesondere letztgültige Kontoauszüge der zuständigen Sozialversicherungsanstalt, Lastschriftanzeigen der zuständigen Finanzbehörde und Strafregisterbescheinigungen.

Der von der Antragstellerin angebotene Gesamtpreis exkl USt betrage EUR 168.902,39.-. Außerdem sei eine weitere Gewährleistungsfrist von 3 Jahren angeboten worden. Die Angebotsöffnung und -verlesung sei am 19.4.2011 erfolgt, wobei trotz zahlreicher Urgenzen eine Übermittlung der Niederschrift über die Angebotsöffnung bis heute nicht erfolgt sei. Nach eigenen Aufzeichnungen seien die Angebotsinhalte der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, der B***, folgendermaßen verlesen worden:

- Gesamtpreis EUR 135.257,82
- Keine weitere Gewährleistung
- Punkt 7 und 8 des Angebotsschreibens nicht ausgefüllt

Mit Schreiben vom 16.5.2011 habe der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** mit einer Vergabesumme von EUR 13.5257,82.- mitgeteilt. Weitere Angaben zu den Angebotsinhalten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien in der Zuschlagsentscheidung nicht enthalten gewesen.

Zum rechtswidrigen Nicht-Ausscheiden des mangelhaften Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin werde ausgeführt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin insbesondere die in Punkt 8. des Angebotsschreibens vorgesehene stark umrandete Bieterlücke nicht ausgefüllt habe, obwohl diese ausdrücklich im Angebotsschreiben festgelegt gewesen sei. Bei dem in Punkt 8. anzugebenden prozentuellen Zuschlag handle es sich um eine Preisangabe, weil der Preis für Regieleistungen auf Grund des darin angebotenen Zuschlags ermittelt werde. Die in diesem Punkt fehlende Angabe stehe somit auch im Widerspruch zur Position 00 00 11 04 des Leistungsverzeichnisses, wonach ein Angebot nur dann vollständig sei, wenn in allen Preisfeldern Bieterangaben enthalten seien. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei jedenfalls gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG unvollständig und mangelhaft. Dieser Mangel sei nicht behebbar. In der nicht ausgefüllten Bieterlücke wäre für angehängte Regieleistungen unter anderem ein Zuschlag auf die Stoffkosten anzubieten gewesen. Im Fall einer Auftragserteilung stünde daher der für solche Regieleistungen zu verrechnende Preis nicht fest. Würde man es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gestatten, den Zuschlag auf die Stoffkosten erst nachträglich anzubieten, könnte sie damit den Preis für solche Regieleistungen nachträglich festlegen und somit den Wert ihres Angebotes und ihre Wettbewerbsstellung materiell beeinflussen. Darüber hinaus würde der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dann auch mehr Zeit für die Erstellung ihres Angebotes zur Verfügung stehen, weil sie die Angebotspreise für Regieleistungen erst nachträglich kalkulieren und anbieten könnte - noch dazu in Kenntnis des Ergebnisses der Angebotsöffnung. Schon aus diesen Gründen sei die Behebung des vorliegenden Mangels ausgeschlossen. Es fehle nicht bloß eine für die Bewertung nach den Zuschlagskriterien unbedeutende Pro-

duktangabe, sondern im Ergebnis eine für die Preisbildung entscheidende Angabe, weshalb das für die Zuschlagsentscheidung vorgesehene Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen unbehebbarer Mängel auszuschneiden gewesen wäre.

Zur rechtswidrigen Bewertung der Angebote werde ausgeführt, der Auftraggeber habe in den Ausschreibungsunterlagen (Punkt 18) festgelegt, dass der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werde. Damit sei eindeutig eine Vergabe nach dem Bestbieterprinzip festgelegt worden und sei dies noch dazu durch die im Angebotsschreiben geforderte und für die Bewertung relevante Angabe einer weiteren Gewährleistungsfrist untermauert worden. Bei den in den Angebotsbestimmungen angeführten Zuschlagskriterien seien keine prozentuellen Gewichtungen angegeben. Allerdings seien zumindest für das Kriterium Preis und das Kriterium Gewährleistungsfrist eindeutige Punktebewertungsformeln festgelegt worden. Da eine prozentuelle Gewichtung zu diesen Zuschlagskriterien in der Ausschreibung nicht enthalten sei, seien diese Punktebewertungsformeln nur unter Außerachtlassung einer prozentuellen Gewichtung anzuwenden. Die Gewichtung der beiden Kriterien ergebe sich aber ohnehin automatisch aus den jeweils maximal möglichen Punktezahlen (maximal 100 Punkte Preis und maximal 100 Punkte Gewährleistung, daher jeweils 50% Gewichtung).

Bei den übrigen Kriterien (Ästhetik, Firmenneutrale Eignung, Sonstige Kriterien) seien keine Punktebewertungsvorgaben enthalten. Für einen objektiv redlichen Erklärungsempfänger sei somit erkennbar, dass diese Kriterien mangels Bewertungsvorgaben und mangels Bewertungsangaben auf keinen Fall bewertbar seien. Unter Anwendung der für Preis und Gewährleistung vorhandenen Bewertungsformeln seien jedoch folgende Punkte zu vergeben:

	B***	Punkte	A***	Punkte
Preis (EUR)	€ 135.257,82	100,00	€ 168.902,39	80,08
weitere Gewährleistung (J)	0 Jahre	73,00	3 Jahre	100,00
Punkte gesamt		173,00		180,08

Somit seien der Antragstellerin nach den in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien jedenfalls mehr Punkte zuzuteilen als der präsuntiven Zuschlagsempfängerin, sodass die Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grund rechtswidrig sei.

Zur rechtswidrigen Begründung der Zuschlagsentscheidung werde ausgeführt, dass nicht alle Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes genannt seien. Insbesondere sei keine Angabe über eine allfällige Gewährleistungsfrist aufgenommen, die im Rahmen der Angebotsbewertung zu berücksichtigen wäre. Eine angebotene ebenso wie eine nicht angebotene weitere Gewährleistung stelle sohin jedenfalls ein entscheidendes Merkmal des Angebotes der präsuntiven Zuschlagsempfängerin dar. Dieser Mangel der Zuschlagsentscheidung werde auch nicht dadurch relativiert, dass die Gewährleistungsfristen der Angebote anlässlich der Angebotsöffnung verlesen worden seien. Der Auftraggeber habe es nämlich bis heute rechtswidrig unterlassen, der Antragstellerin eine Niederschrift über die Angebotsöffnung zu übermitteln. Durch eine bloße Verlesung bei der Angebotsöffnung sei auch nicht sichergestellt, dass alle Bieter von solchen Angebotsinhalten Kenntnis erlangen würden. Durch die bloße Verlesung bei der Angebotsöffnung sei keineswegs gewährleistet, dass der Auftraggeber die zutreffenden Gewährleistungsfristen der Angebotsbewertung zu Grunde lege und entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen berücksichtige. Dieser Begründungsmangel der Zuschlagsentscheidung könne auch nicht saniert werden. Die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens „schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen anführen - in der Regel anzunehmen sei. Die Zuschlagsentscheidung müsse daher bereits bei der Übersendung gesetzeskonform begründet sein und daher insbesondere die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes vollständig enthalten. Andernfalls sei die Zuschlagsentscheidung jedenfalls für nichtig zu erklären.

Zur unzureichenden oder unzureichend geprüfte Eignung der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sei auszuführen, dass nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung die präsuntive Zuschlagsempfängerin keinerlei Eignungsnachweise mit ihrem

Angebot vorgelegt habe. Im Hinblick auf den relativ kurzen Zeitraum zwischen Angebotsöffnung und Zuschlagsentscheidung sei davon auszugehen, dass der Auftraggeber entgegen § 70 Abs 3 BVergG die in der Ausschreibung festgelegten Eignungsnachweise nicht von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gefordert habe oder von dieser nicht fristgerecht vorgelegt worden seien oder nach den vorgelegten Nachweisen deren Eignung nicht gegeben sei, sodass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch aus diesem Grund auszuschneiden gewesen wäre.

Zum Interesse am Vertragsabschluss führte die Antragstellerin aus, dass bereits durch die Abgabe eines umfassenden Angebots und die Einbringung des vorliegenden Nachprüfungsantrags nachgewiesen sei und deren Rechten nur durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag gewahrt werden können. Bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise - insbesondere im Hinblick auf die Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung - müsse daher dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot der Zuschlag erteilt werden.

Zum Schaden führte die Antragstellerin aus, dass im Falle der Aufrechterhaltung der Zuschlagsentscheidung und der rechtswidrigen Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter auch jene Kosten frustriert wären, die durch die Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren entstanden seien. Für die Beschaffung und das Studium der Ausschreibungsunterlagen und die Angebotskalkulation seien bisher Kosten in der Höhe von zumindest EUR 800,-- (20 Stunden á EUR 40,--) entstanden. Darüber hinaus entstünde im Falle der rechtswidrigen Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter ein Schaden durch entgangenen Gewinn. Die Pauschalgebühren des vorliegenden Nachprüfungsantrags (EUR 3.891,--) und die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren seien Bestandteil des Schadens im Sinne des § 322 Abs 1 Z 4 BVergG. Letztere würden rund EUR 2.000,-- (exkl USt) betragen. Durch eine rechtswidrige Zuschlagsentscheidung würde die Chance auf Erhalt eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren verloren gehen. Auch dieser Nachteil sei als Schaden im Sinne des § 322 Abs 1 Z 4 BVergG zu berücksichtigen.

Aus den angeführten Gründen erachte sich die Antragstellerin durch die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers in ihren Rechten auf Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers, auf Bewertung der Angebote nach den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien, auf rechtskonforme Begründung der Zuschlagsentscheidung und insbesondere Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes, auf Zuschlagsentscheidung zu unseren Gunsten, Erteilung des Zuschlags und darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an uns in Betracht komme, auf Angebotsprüfung entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben, Gleichbehandlung und Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den vergaberechtlichen Vorschriften und Grundsätzen entspreche, verletzt.

Am 27. 5. 2011 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Umfang der Akteneinsicht Stellung.

Am 30.5. 2011 legte der Auftraggeber die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens vor und führte erläuternd aus, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation mangle, weil dieses auszuschneiden gewesen wäre. Die Antragstellerin habe nämlich in Position 018310230 kein mit dem Leitprodukt gleichwertiges Produkt angeboten. Diese Position laute wie folgt:

"

018310230 Installationskanal I 90 360 x 170mm

Liefern und Montieren eines Installationskanals I 90 aus verzinktem Blech, beschichtet mit einem Dämmschichtbildner (selbstschäumend im Brandfall!)

Ausmaße mind. 360x 170mm

z.B. PYROMENT IK90 Typ BD von G+H Isolierung oder technisch und formal gleichwertig

angebotenes System.....

Die Antragstellerin hat folgendes Erzeugnis angeboten: *Promat, Promatect L 500.*"

Die sachverständige Gleichwertigkeitsprüfung habe ergeben, dass dieses Produkt nicht mit dem ausgeschriebenen Produkt gleichwertig sei. Beim Produkt der Antragstellerin handle es sich weder um verzinktes Blech noch sei es mit einem Dämm-

schichtbildner beschichtet. Eine weitere Prüfung habe nicht stattfinden können, da die Antragstellerin trotz Aufklärungsersuchen die Aufklärung verweigert habe. Die Antragstellerin habe ihrem Angebot auch kein Begleitschreiben im Sinne des § 106 Abs 7 BVergG beigelegt, nach dem bei mangelnder Gleichwertigkeit das ausgeschriebene Erzeugnis als angeboten gelte. Da das Angebot der Antragstellerin damit nicht die Anforderungen der Ausschreibung erfüllt habe, wäre es auszuschneiden gewesen wäre. Der gegenständliche Antrag sei daher mangels Schadenseintrittsmöglichkeit iSd § 320 Abs 1 Z 2 BVergG aufgrund des mit einem unbehebaren Mangel behafteten Angebotes der Antragsstellerin wegen mangelnder Antragslegitimation zurückzuweisen.

Zum Zuschlagsprinzip und zur Begründung der Zuschlagsentscheidung führte der Auftraggeber aus, dass nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben worden sei. Bei Erstellung der Ausschreibungsunterlagen sei ein Standardformular herangezogen worden, wobei unter Pkt 18. „Der Zuschlag wird ... erteilt“ irrtümlich der Unterpunkt 18.2 „dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot“ angekreuzt worden sei. Eine Kennzeichnung und damit Festlegung der darunter stehenden Kriterien durch Ankreuzen sei nicht erfolgt, ebenso wenig eine Gewichtung. Bei der Auslegung von Ausschreibungsunterlagen komme es darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung vom Bieter zu verstehen gewesen seien. Nachdem weder Zuschlagskriterien noch deren Gewichtung festgelegt worden seien, haben die Bieter zwangsläufig davon ausgehen müssen, dass allein der niedrigste Preis für den Zuschlag ausschlaggebend sei. Hierzu werde auch auf die Zweifelsregel in § 79 Abs 3 letzter Satz BVergG 2006 verweisen, nach der für den Fall dass der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen kein Zuschlagsprinzip festgelegt habe, der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen sei.

Die Zuschlagsentscheidung sei entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht rechtswidrig. Der Antragstellerin seien alle Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots, also der Preis, bekannt gegeben worden. Diese entspreche daher jedenfalls den Anforderungen an die Begründungspflicht gemäß § 131 BVergG 2006.

Zum rechtmäßigen Nicht-Ausscheiden der präsumtiven Zuschlagsempfängerin brachte der Auftraggeber vor, es sei zwar richtig, dass die Punkte 7. und 8. des Angebotsschreibens nicht ausgefüllt worden seien, jedoch darin ein behebbarer Mangel liege, der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zeitgerecht und vollständig behoben worden sei. Mangelhafte Angebote seien nämlich ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nur dann auszuschneiden, wenn es sich um einen unbehebaren Mangel handle. Ausschlaggebend für die Bewertung der Angebote sei lediglich der Gesamtpreis gewesen, der sich aus dem ausgefüllten Leistungsverzeichnis ergebe, nicht jedoch aus den Preisen unter Pkt. 7. und 8, des Angebotsschreibens. Die Antragstellerin habe durch die Nachreichung dieser Punkte somit ihre Wettbewerbsstellung gegenüber ihren Mitbietern materiell nicht verbessern können.

Durch das Nachreichen habe sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch keinen zeitlichen Aufwand erspart, der im Sinne der VwGH-Rechtsprechung rechtserheblich wäre, zumal sich der Behebungsaufwand maximal im Minuten-Bereich bewege.

Dementsprechend liege beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein behebbarer Mangel vor. Dieser sei von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ordnungsgemäß behoben worden. Das Angebot sei daher nicht auszuschneiden gewesen.

Zum Vorwurf der mangelnden Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wendete der Auftraggeber ein, dass weder Ausschluss- noch Ausscheidensgründe vorliegen würden und die präsumtive Zuschlagsempfängerin der Antragsgegnerin aus zahlreichen anderen Vergabeverfahren bekannt sei, in denen die Eignung geprüft worden und seither nicht weggefallen sei.

Mit Schriftsatz vom 15.6.2011 (OZ 14) führte die Antragstellerin zur mangelnden Antragslegitimation aus, dass entgegen den Darstellungen des Auftraggebers diese ein dem Leitprodukt gleichwertiges Produkt angeboten habe und eine Aufklärung nicht verweigert worden sei. Vielmehr habe der rechtsfreundlichen Vertreter der Antragstellerin darauf hingewiesen, dass Angebote gemäß § 129 Abs 1 BVergG vor der

Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung in den in § 129 Abs 1 BVergG genannten Fällen auszuschneiden seien, woraus sich zwingend ergebe, dass die Angebotsprüfung samt der dazu allenfalls erforderlichen Aufklärung vor der Zuschlagsentscheidung erfolgen müsse. Das erst nach der Zuschlagsentscheidung an die Antragstellerin gerichtete Aufklärungsschreiben des Auftraggebers sei rechtswidrig. Von einem Bieter könne nicht erwartet werden, dass er trotz einer zu Gunsten eines anderen Bieters getroffenen Zuschlagsentscheidung weitere Aufwendungen in Kauf nehme und zudem das Aufklärungsersuchen eine mengenmäßig völlig unbedeutende Position betreffe und bloß im Hinblick auf das aktuell anhängige Nachprüfungsverfahren erstellt worden sei, um den Nachprüfungsantrag mit rechtswidrigen Mitteln abzuwehren.

Auch habe die Antragstellerin den Auftraggeber darauf hingewiesen, dass das Leitprodukt Pyroment IK90 Typ BD im Gegensatz zum Produkt der Antragstellerin keinen Prüfnachweis nach EN aufweise und deshalb gar nicht verwendet werden dürfe gemäß der ÖiB-Richtlinie 2 Brandschutz iVm Wiener Bautechnikverordnung iVm § 122 Bauordnung für Wien. Vielmehr sei für das von der Antragstellerin angebotene Produkt auch einen Prüfnachweis nach EN übermittelt worden.

Im vorliegenden Fall habe der Auftraggeber die Angebotsprüfung nicht abgeschlossen, zumal dieser selbst ausgeführt habe, dass eine „weitere Prüfung nicht stattfinden“ habe können. Die vom Auftraggeber nunmehr erstmals bezweifelte Gleichwertigkeit des angebotenen Produkts würde als technische Frage jedenfalls die Beiziehung eines Sachverständigen erfordern. Der Auftraggeber selbst behauptete, dass eine „sachverständige“ Gleichwertigkeitsprüfung die mangelnde Gleichwertigkeit ergeben hätte. Um die bestrittene Richtigkeit einer solchen vom Auftraggeber behauptete sachverständige Prüfung zu beurteilen, wäre im Nachprüfungsverfahren wiederum die Beiziehung eines unabhängigen Sachverständigen erforderlich.

Zum Zuschlagsprinzip brachte die Antragstellerin ergänzend vor, das Vorbringen des Auftraggebers, die Bieter hätten mangels Gewichtung der Kriterien zwangsläufig davon auszugehen müssen, dass der Zuschlag nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werde, widerspreche schon aus dem eindeutigen Wortlaut der Ausschreibungsunter-

lagen, wonach die Ausschreibung unmissverständlich dem Bestbieterprinzip folge und neben dem Preis insbesondere auch die angebotene Gewährleistungsfrist zu bewerten sei. Dies werde auch durch die im Angebotsschreiben geforderte und für die Bewertung relevante Angabe einer weiteren Gewährleistungsfrist untermauert. Vielmehr habe ein objektiv redlicher Bieter davon ausgehen müssen, dass eine ausdrücklich in der Ausschreibung abgefragte Gewährleistungsfrist auch tatsächlich bewertet werde. Es seien ja sogar konkrete Bieter von dieser Bewertung nachweislich ausgegangen, weil drei Bieter eine weitere Gewährleistungsfrist auch tatsächlich angeboten haben. Das freiwillige Anbieten einer weiteren Gewährleistungsfrist sei nur dann nachvollziehbar, wenn sich der Bieter eine Bewertung dieser Gewährleistung erwarten habe können.

Laut Angaben des Auftraggebers habe aber demgegenüber ein Bieter mangels Festlegung einer Gewichtung der Kriterien davon ausgehen müssen, dass allein der niedrigste Preis für den Zuschlag ausschlaggebend sei. Dieser Schluss der Auftraggeberin erweise sich schon deshalb als unzutreffend, weil das BVergG die Angabe der Zuschlagskriterien auch ohne Gewichtung zulässt (vgl. § 2 Z 20 lit d sublit aa und § 79 Abs 3 BVergG). Im Übrigen sei auch nicht ersichtlich, weshalb bei fehlender Gewichtung lediglich der Preis und nicht ein anderes Kriterium ausschlaggebend sein sollte. Aus § 79 Abs 3 letzter Satz BVergG könne der Auftraggeber für seinen Standpunkt nichts gewinnen, weil diese Regelung nur dann zum Tragen käme, wenn das Zuschlagsprinzip in den Ausschreibungsunterlagen gar nicht festgelegt worden wäre; das Zuschlagsprinzip sei aber in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt worden.

Der einzige Schluss, den ein objektiv redlicher Bieter aus dem Fehlen einer prozentuellen Gewichtung ziehen habe können, sei der, dass die Bewertung der Angebote dann eben unter Außerachtlassung einer prozentuellen Gewichtung erfolge. Dies sei möglich, weil der Auftraggeber zumindest für den Preis und die Gewährleistungsfrist Punktebewertungsformeln festgelegt habe und deren Anwendung zu einem eindeutigen Bewertungsergebnis führe, nämlich der Bestbieterstellung der Antragstellerin.

Selbst wenn man von einer unklaren Regelung auszugehen hätte, wäre diese gemäß § 915 ABGB zu Gunsten der Antragstellerin auszulegen, sodass eben insbesondere

auch das Zuschlagskriterium Gewährleistungsfrist bei der Angebotsbewertung zu berücksichtigen gewesen wäre.

Zur mangelhaften Begründung der Zuschlagsentscheidung führte die Antragstellerin ergänzend aus, dass das Vorbringen der Auftraggeberin, wonach ausschließlich der Gesamtpreis zu bewerten sei, unrichtig sei. Es müsse auch weiterhin die Begründung der Zuschlagsentscheidung mangels vollständiger Angabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes als unzureichend angesehen werden.

Zum rechtswidrigen Nicht-Ausscheiden der präsumtiven Zuschlagsempfängerin brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass der Auftraggeber davon ausgehe, das Nicht-Ausfüllen der Punkte 7. und 8. des Angebotsschreibens stelle einen behebbaren Mangel dar, weshalb die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht auszuscheiden gewesen wäre. Für die Angebotsbewertung sei laut Auftraggeber lediglich der sich dem ausgefüllten Leistungsverzeichnis ergebende Gesamtpreis ausschlaggebend, nicht jedoch die Preise unter Punkt 7 und 8 des Angebotsschreibens. Durch die Nachreichung dieser Punkte könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre Wettbewerbsstellung nicht verbessern.

Der Auftraggeber habe aber die geforderten Angaben unter Punkt 7 und 8 des Angebotsschreibens selbst als Preise bezeichnet. Wenn er davon ausgehe, dass diese Preise nicht relevant seien, weil lediglich der „Gesamtpreis“ laut Leistungsverzeichnis bewertet werde, so stehe dies im Widerspruch zur Behauptung, wonach das Billigstbieterprinzip maßgeblich sei: Nach der Wortwahl der Ausschreibungsunterlagen sei nämlich lediglich im Kapitel 18.2, das die Vergabe nach dem Bestbieterprinzip regelt, eine Bewertung des Gesamtpreises vorgesehen. Demgegenüber sei im Kapitel 18.1, das das Billigstbieterprinzip regeln würde, aber vom Auftraggeber nicht angekreuzt worden, lediglich vom „Preis“ (nicht „Gesamtpreis“) sei die Rede. Wenn also der Auftraggeber entgegen den eigenen Festlegungen das Billigstbieterprinzip laut Kapitel 18.1 anwenden habe wollen, wären nicht nur der Gesamtpreis, sondern alle Preise zu berücksichtigen gewesen— auch jene in Punkt 8 des Angebotsschreibens.

Zudem offenbare der Auftraggeber mit dem weiteren Vorbringen einen unauflösbaren Wertungswiderspruch zu Lasten der Antragstellerin. Nach der Argumentation des

Auftraggebers sei nämlich das Fehlen der Angaben unter Punkt 7 und 8 des Angebotsschreibens ein behebbarer Mangel, weil lediglich der Gesamtpreis bewertet werde, sodass ein Nachreichen keine Verbesserung der Wettbewerbsstellung bewirken würde. Ausgehend von dieser Argumentation wäre aber auch der von der Auftraggeberin behauptete Mangel des Angebotes der Antragstellerin als behebbar zu qualifizieren. Wäre das von der Antragstellerin angebotene Produkt, wie von der Auftraggeberin unzutreffend behauptet, tatsächlich nicht gleichwertig, so würde ein Austausch mit einem gleichwertigen Produkt ebenfalls keine Änderung des Gesamtpreises bewirken. Wenn also der Auftraggeber einerseits den Mangel im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als behebbar und zugleich den in unserem Angebot behaupteten Mangel als unbehebbar betrachtet, um die Antragslegitimation abzuspochen, obwohl die Behebung beider Mängel keinen direkten Einfluss auf den Gesamtpreis oder andere Zuschlagskriterien habe, lege sie eine je nach Opportunität wechselhafte und sohin gleichheitswidrige Gesetzesanwendung an den Tag.

Zur mangelnden Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass laut Vorbringen des Auftraggebers die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch aus zahlreichen anderen Vergabeverfahren, in denen die Eignung geprüft worden sei, bekannt sei. Mit diesem Vorbringen untermauere der Auftraggeber den Verdacht, dass er im konkreten Vergabeverfahren die festgelegten Eignungsnachweise von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht gefordert oder nicht erhalten habe und die Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht gegeben sei. Selbst wenn dieser die Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in vorangehenden Vergabeverfahren geprüft hätte, wäre daraus für ihn nichts zu gewinnen, weil die Eignung im Bezug auf den konkret ausgeschriebenen Auftrag zu prüfen sei und überdies die Eignung zwischenzeitig weggefallen sein könne.

Mit Schriftsatz vom 20.6.2011 replizierte der Auftraggeber, dass entgegen der Ansicht der Antragstellerin ihr angebotenes Produkt nicht gleichwertig zu dem ausgeschriebenen Leitprodukt sei. Es mangle daher an der Antragslegitimation. Bei dem von der Antragstellerin angebotenen Produkt PROMATECT 500L handle es sich um zementgebundene SILIKAT-Brandschutzplatten, die in einem Blechkanal verklebt würden, um eine Klassifizierung der Bauart nach Feuerwiderstandsklasse „E“ (Funk-

tionserhalt elektrische Leitungen) zu erreichen. Das bedeute, dass, falls in einem Raum ein Brand ausbreche, die Kabel in dem mit PROMATECT 500L ausgekleideten Kanal je nach Feuerwiderstandsdauer z.B. E90 geschützt würden und ein Funktionserhalt gewährleistet würden. Die Unterbindung der Rauch- und Brandweiterleitung sei nicht gewährleistet, es sei denn, jeder Wanddurchbruch auch im eigenen Brandabschnitt werde mit Steinwolle (1000 Grad) ausgestopft und rauchdicht verschlossen. Das vorgegebene Leitprodukt PYROMENT IK 90 BD sei der erste Systeminstallationskanal, der aktiv einen Brand eindämme. Das bedeute für den Fall, dass innerhalb des Kabelkanals (durch Kurzschluss oder Überhitzung) ein Brand ausbreche, ein größerer Schaden durch PYROMENT IK 90 BD verhindert würde, indem der integrierte Dämmschichtbildner unter Hitzeeinwirkung aufschäume und sofort eine Brandweiterleitung im Kanal verhindere. Dadurch werde eine Feuerwiderstandsklasse „I“ (Installationsschächte und Kanäle) 130 bis 1120 erreicht. Es werde nicht nur die Umgebung geschützt, sondern die Branderweiterung aktiv gestoppt, die Rettungswege für die Feuerwehr wirksam gesichert und Menschen einfacher evakuiert. Genau aus diesen Gründen sei dieses Leitprodukt ausgeschrieben worden. Nach Beurteilung durch den Auftraggeber werde durch das Leitprodukt eine 80%ige Zeitersparnis bei der Montage zu anderen Produkten, Änderungen bzw. Anpassungen leicht erreichbar, keine Revisionsöffnungen erforderlich, staubfreie Verarbeitung, geringes Montagegewicht.

Der direkte Vergleich der beiden Produkte ergebe, dass das von der Antragstellerin angebotene Produkt nicht mit dem Leitprodukt gleichwertig sei, da es sich um zwei völlig unterschiedliche Lösungsansätze handle, nämlich jene der Feuerwiderstandsklassen I" und E". Die in der Position 018310230 geforderte Feuerwiderstandsklasse I werde durch das von der Antragstellerin angebotene Produkt nicht erfüllt. Ob die Position mengenmäßig bedeutend oder unbedeutend sei, sei gegenständlich irrelevant. Fest stehe, dass das angebotene Produkt eben nicht gleichwertig sei und es der Antragstellerin damit an der Antragslegitimation fehle.

Ebenso vergaberechtlich irrelevant sei, ob ein Prüfnachweis nach EN vorliege. Das angebotene Produkt entspreche jedenfalls nicht der Ausschreibung. Allerdings stelle sich die Frage, warum die Antragstellerin, wenn sie der Meinung sei, dass das Leit-

produkt gar nicht verwendet werden dürfe, weder entsprechend ihrer Verpflichtung gemäß Punkt 1. der Angebotsbestimmungen darauf hingewiesen, noch eine Mitteilung gemäß § 106 Abs 6 BVergG getätigt und auch nicht zu einer Berichtigung der Ausschreibung aufgefordert habe.

Zum Zuschlagsprinzip und zur Begründung der Zuschlagsentscheidung führte der Auftraggeber wiederholt aus, dass der Interpretationsansatz der Antragstellerin betreffend das Zuschlagsprinzip unrichtig sei. Die Antragstellerin führe selbst aus, dass eine prozentuelle Gewichtung nicht vorliege. Warum sie daher davon ausgehe, dass sie unter Heranziehung der Zuschlagskriterien Preis und Gewährleistung mit nunmehr einer „erfundenen« Gewichtung von 50% zu 50% die Bestbieterin sei, sei völlig unverständlich und in sich widersprüchlich. Die Bewertungsformeln können schon mathematisch nicht herangezogen werden, da es keine Gewichtung gebe und daher auch der Rechengang nicht durchgeführt werden könne. Wie bereits im Schriftsatz vom 30.05.2011 dargelegt, habe ein redlicher Bieter nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung, mangels Festlegung von Zuschlagskriterien (durch Ankreuzen der betreffenden Kriterien unter Pkt. 18.2 der Angebotsbestimmungen) und mangels Gewichtung nur vom Billigstbieterprinzip ausgehen können. Ein Mangel in der Begründung der Zuschlagsentscheidung sei folglich nicht gegeben.

Zum Nicht-Ausscheiden der präsumtiven Zuschlagsempfängerin brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass bei der Billigstbieterermittlung die „Preise“ in Punkt 8. des Angebotsschreibens keinesfalls zu berücksichtigen seien. Aus welcher Bestimmung die Antragstellerin dies ableite, sei unerklärlich. Im Falle einer Beauftragung seien die Angaben der Punkte 7. und 8. nur bei eventuellen Nachträgen oder Regien von Bedeutung, um die Zuschläge abrechnen zu können. Der Vorwurf der Antragstellerin sei unhaltbar. Der Mangel des Angebots der Antragstellerin einerseits und der Mangel des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin andererseits sei absolut nicht vergleichbar. Zur Bieterlückenproblematik gebe es einschlägige Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden sowie auch des VwGH. Nach dieser würden Bieterlücken mit Leitprodukt, bei denen der Bieter ein nicht gleichwertiges Alternativprodukt anbiete und die Erklärung unterlasse, dass mangels Gleichwertigkeit das Leitprodukt als angeboten gelte, grundsätzlich ebenso unbehebbarer Mängel darstel-

len, wie nicht ausgefüllte Bieterlücken ohne Leitprodukt. Als Konsequenz dessen sei das Angebot sofort und ohne weitere Aufforderung zur Mängelbehebung auszuscheiden. Der Grund dafür liege darin, dass die durch die Mängelbehebung bewirkte Verlängerung der Angebotsausarbeitungszeit den betreffenden Bieter einseitig bevorzuge. Anders verhalte es sich dabei beim Nichtausfüllen der Punkte 7. und 8. des Angebotsschreibens, bei der es nicht zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung zu den anderen Bietern komme. Die in diesen Punkten anzugebenden Kalkulationsgrundlagen seien bereits bei Erstellung des Angebots von jedem Bieter kalkulatorisch zu berücksichtigen, da die Bieter diese für ihre Preisbildung benötigen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sich somit keinen Aufwand erspart und tausche auch nicht nachträglich Angebotsbestandteile aus, wie es bei der Antragstellerin durch Nennung eines anderen Produkts notwendig gewesen wäre. Aus den vorgenannten Gründen werde daher der Antrag, das Bundesvergabeamt möge sämtliche Anträge der Antragstellerin ab- bzw. zurückweisen, aufrecht erhalten.

In der am 21.6.2011 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten mündlichen Verhandlung führte der Auftraggeber wiederholt aus, dass das Billigstbieterprinzip und nicht das Bestbieterprinzip als Zuschlagsprinzip in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegt worden sei. Auf Vorhalt der Vorsitzenden, dass in den Ausschreibungsbestimmungen unter Pkt 18.2. festgelegt sei, dass der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden soll, gab der Auftraggeber an, dass die Kennzeichnung des Punktes 18.2. ein Irrtum gewesen sei. Aus dem objektiven Erklärungswert von Pkt. 18 würde sich nämlich ergeben, dass vom Auftraggeber weder eine Gewichtung der Zuschlagskriterien angegeben worden sei, noch, wie im Text zu Pkt. 18.2. festgelegt, Kriterien angekreuzt worden seien. Vielmehr habe der Auftraggeber beabsichtigt, Pkt 18.1. zu kennzeichnen und den Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu vergeben, was aber irrtümlich nicht geschehen sei. Da jedoch keine Kriterien festgelegt worden seien, hätte ohnedies jeder Bieter erkennen müssen, dass hier das Billigstbieterprinzip als Zuschlagsprinzip zur Anwendung kommen soll.

Auf Vorhalt der Vorsitzenden, warum der Auftraggeber auch in der EU-weiten Bekanntmachung unter Pkt. IV.2.1. angegeben habe, dass der Zuschlag dem "Wirt-

schaftlich günstigsten Angebot" erteilt werden soll und nicht dem "Niedrigsten Preis", gab der Auftraggeber an, dass es sich auch hier um einen Irrtum handle. Auch hier ergebe sich aus den Festlegungen im Unterpunkt, dass auf Kriterien verwiesen werde, die in den Ausschreibungsunterlagen angeführt seien. Auch hier hätten die Bieter erkennen müssen, dass aufgrund des Nichtvorhandenseins von Zuschlagskriterien das Billigstbieterprinzip und nicht das Bestbieterprinzip als Zuschlagsprinzip zur Anwendung kommen soll.

Auf Befragen durch Beisitzer Dr. Hackl, ob die EU-Bekanntmachung berichtigt worden sei, wurde dies vom Auftraggeber verneint und ausgeführt, dass der Fehler erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erkannt worden sei.

Auf Vorhalt der Vorsitzenden, dass auch die Formulierung in der Zuschlagsentscheidung dahingehend laute, dass die Fa. B*** "an Hand der vorgegebenen Kriterien als Bestbieter" ermittelt worden sei, führte der Auftraggeber aus, dass es sich auch dabei um einen Irrtum handle. Es werde ein Standardformular "eben auf diese Weise verwendet ". Die Bezeichnung "Bestbieter" sei ein Irrtum.

Ergänzend führte der Auftraggeber aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausschließlich aufgrund des Preises ermittelt worden sei, weil eben aus den angeführten Gründen das Billigstbieterprinzip zur Anwendung komme.

Zu Pkt. 10 der Ausschreibungsbestimmungen, wonach eine zusätzlich angebotene Gewährleistungsfrist zusätzliche Punkte für die Bewertung bringe, führte der Auftraggeber aus, dass eben aufgrund des zur Anwendung gelangenden Billigstbieterprinzips die Bewertung einer weiteren Gewährleistungsfristen nicht erfolgt sei. Es handle sich auch bei dieser Ausschreibungsbestimmung um eine Standardformulierung, die jedoch im gegenständlichen Fall nicht zur Anwendung gelange Dies hätte ein Bieter auch erkennen müssen, da eben aufgrund des Billigstbieterprinzips eine Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht vorgesehen sei und daher auch keine Bewertung habe erfolgen können.

Auf Vorhalt des Angebotsprüfberichtes und der Frage, ob es richtig sei, dass 3 Bieter eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist angeboten hätten, wurde dies vom Auftraggeber bejaht. Allerdings sei diese, wie in Pkt. 1.2 des Prüfberichtes ausgeführt, wegen des Billigstbieterprinzips nicht berücksichtigt worden.

Auf Befragen, ob die Ausschreibung bekämpft worden sei, wurde dies vom Auftraggeber verneint und ausgeführt, dass diese bestandsfest geworden sei.

Zur Zuschlagsentscheidung befragt, führt der Auftraggeber aus, dass die Fa. B*** aufgrund auf Grund des günstigsten Preises als Billigstbieterin ermittelt worden sei. Richtig sei, so der Auftraggeber, dass mit Telefax-Schreiben vom 16.5.2011 bekanntgegeben worden sei, diese sei als "Bestbieterin" ermittelt worden sei. Eine Mitteilung der Merkmale und Vorteile des Angebotes über die Angabe des Preises hinaus sei aufgrund des vom Auftraggeber gewählten Billigstbieterprinzips nicht erforderlich gewesen.

Die Antragstellerin führte aus wie schriftlich und stellte keine weiteren Fragen.

Aufgrund der Akteninhalte, der vorgelegten Originalunterlagen und der Stellungnahmen des Auftraggebers und der Antragstellerin, insbesondere in der mündlichen Verhandlung, wird folgender Sachverhalt festgestellt:

2. Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Im März 2011 schrieb der Auftraggeber Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. im Rahmen des Bauvorhabens "Brandschutzmaßnahmen Bauphase 2 der Universität Wien" Brandschottarbeiten EU-weit im offenen Verfahren als Bauauftrag, CPV Code 4543100, mit einem geschätzten Auftragswert von € 358.766.- ohne Ust (geschätzter Gesamtauftragswert : ca. 33 Mio.-) nach dem Bestbieterprinzip, laut Angaben des Auftraggebers (OZ 4) aber nach dem Billigstbieterprinzip, aus, wobei gemäß Punkt 00 00 13 der Ausschreibungsunterlagen die Leistung wie folgt beschrieben wird:

" Im Universitätshauptgebäude der Hauptuni Wien werden ab Februar 2011 auf Basis des vorliegenden Brandschutzkonzeptes sicherheitstechnische Umbau- und Sa-

rierungsmaßnahmen sowie die Errichtung der neuen Fluchtstiegenhäuser 3 und 4 und der Umbau der Stiege 9 vorgenommen.....Es werden die an öffentliche Fluchtwegsbereiche angrenzenden Zugangstüren zu Instituten und interne Gangbereiche gemäß den vorgeschriebenen Brandschutzbestimmungen adaptiert bzw. hergestellt.....Zu - und Abluftelemente in die historischen Fenster eingebaut.

In den Höfen 3 und 4 ist die Errichtung von 2 Fluchtstiegenhäuser in einer Stahl- Glaskonstruktion geplant. Weiters wird.....als vollwertiges Fluchtstiegenhaus umgebaut.ein Müllraum eingebaut....Hoffläche neu hergestellt....Ergänzungsarbeiten an Steinbelägen und Verkleidungen und Elektroinstallationsarbeiten zur Versorgung der brandschutztechnischen Einrichtungen und Anbindungen einschließlich erforderlicher Abschottungsmaßnahmen....."

In Punkt 8 der Ausschreibungsunterlagen (Anteil Sonstiges) ist festgelegt:

" Für angehängte Regieleistungen gemäß ÖNORM B 2112 werden, soweit hierfür im Leistungsverzeichnis keine Preise vorgesehen sind, verrechnet:

die kollektivvertraglichen Stundenlöhne
mit einem Zuschlag von

die Stoffkosten mit einem Zuschlag von

Im Zuschlag auf die kollektivvertraglichen Stundenlöhne sind sämtliche Kosten- und Preiskomponenten gemäß ÖNORM B 2061, Formblatt K3R, Zeilen B bis T enthalten. Im Zuschlag auf die Stoffkosten sind die Geschäftsgemeinkosten. Baustellengemeinkosten, die auf den Anteil Sonstiges umgelegt wurden, Bauzinsen, Wagnis und Gewinn enthalten."

In Punkt 10 der Ausschreibungsunterlagen (Anteil Sonstiges) ist festgelegt:

Zuzüglich biete ich im Falle der Zuschlagserteilung auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu **jeder** vorstehend angeführten Mindestgewährleistungsfrist weitere (maximal weitere 3 Jahre).....Jahre (in Worten:Jahre) Gewährleistungsfrist an.

Im Falle des Unterbleibens von Angaben über eine zuzügliche Gewährleistungsfrist gelten die vorstehend angeführten Mindestgewährleistungsfristen. Ich nehme zur Kenntnis, dass zuzügliche Gewährleistungsfristen bei der Bestbieterermittlung nur dann berücksichtigt werden, wenn sie in gleicher Höhe für alle Leistungen angeboten werden. Auch nehme ich zur Kenntnis, dass über 3 (der) Jahre hinausgehende angebotenen zusätzliche Gewährleistungsfristen bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden."

In Punkt 18.2. der Angebotsbestimmungen ist festgelegt, dass der Zuschlag gemäß § 80 Abs. 3 BVergG 2006 dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wird.

"Im Falle der Auftragserteilung nach dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gelten für die im Zuge der Angebotsprüfung nicht ausgeschiedenen Angebote nachstehende gekennzeichnete (angekreuzte) Kriterien.

Pkt		Gewichtung
1	Gesamtpreis Anmerkung: Die Bewertung des Gesamtpreises erfolgt mittels nachstehender Formel: Gewichtete Punkteermittlung = (Gesamtpreis des nicht ausgeschiedenen Billigstbieters) : (Gesamtpreis des jeweiligen Bieters) x (100) x (Gewichtung)	-----
2	Ästhetik	-----
3	Firmenneutrale Eignung zur Erweiterungsmöglichkeit von angebotenen Leistungen	-----
4	Angebotene Gewährleistungsfrist(en) Anmerkung: Die Bewertung der angebotenen Gewährleistungsfrist(en) erfolgt mittels nachstehender Formel: Mindestgewährleistungsfrist: 73 Punkte Pro angebotenem zusätzlichen Gewährleistungsjahr: + 9 Punkte (maximal + 27 Punkte *)- Gewichtete Punkteermittlung = (jeweilige Gesamtpunkte) x (Gewichtung)	-----
5	Sonstige Kriterien	-----

*) Bei Aliquotierung

In Positionsnummer 01 83 10 230 (Feuerschutz für Luftleitungen) des Leistungsverzeichnisses (S. 15) ist festgelegt:

" Installationskanal I 90 360x 170 mm

Liefern und Montieren eines Installationskanals I 90 aus verzinktem Blech, beschichtet mit einem Dämmschichtbildner (selbstaufschäumend im Brandfall!!!)

Ausmaße mind. 360 x 170 mm

zB PYROMENT IK90 Typ BD von G+H Isolierung oder technisch und formal gleichwertig"

Die Bekanntmachung in Österreich erfolgte laut Angaben des Auftraggebers am 22.3.2011 (Online Ausgabe Lieferungsanzeiger), die EU-Bekanntmachung erfolgte am selben Tag.

In Pkt IV 2.1. (Zuschlagskriterien) der EU-Bekanntmachung hat der Auftraggeber das Kästchen "Wirtschaftlich günstigstes Angebot" markiert.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig neben neun weiteren Bietern ein Angebot mit einer Angebotssumme von netto € 168.902,39.- gelegt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 19.4.2011, 14 Uhr und hat folgende Reihung nach dem Preis ergeben:

- | | |
|---------|----------------|
| 1. B*** | € 135.257,82.- |
| 2. A*** | € 168.902,39.- |
| 3. C*** | € 209.485,63.- |
| 4. D*** | € 226.838,35.- |

Nach erfolgter Angebotsprüfung wurde in Pkt.1.2 des Prüfberichts (Auswertung der Zuschlagskriterien) folgendes festgehalten:

" In den Ausschreibungsbestimmungen wurden keine Zuschlagskriterien vereinbart. Es handelt sich somit um eine Billigstbieterausschreibung.

Firma A*** und Firma C*** haben eine Gewährleistungsfristverlängerung von 3 Jahren angeboten. Firma E*** hat eine Gewährleistungsfristverlängerung von 2 Jahren angeboten. Aufgrund der Angebotsbestimmungen sind die Gewährleistungsfristverlängerungen für die Billigstbieterfindung nicht relevant und werden daher nicht weiter zu berücksichtigen."

In weiterer Folge hat der Auftraggeber mit Telefax vom 16.5.2011 den Bietern die Zuschlagsentscheidung wie folgt bekanntgegeben:

Sehr geehrte Damen und Herren!

Es ist beabsichtigt, den Zuschlag an Firma B***,zu erteilen.

Die Vergabesumme beträgt € 135.257,82 (zuzügl. gesetzl. Ust).

Die Firma B*** wurdeunter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien als Bestbieter ermittelt.

Die Stillhaltefrist gemäß § 132 BVergG 2006 endet am 26.5.2011.

Wir bedanken und für die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren und verbleiben"

Mit Schriftsatz protokolliert am 24.5.2011 hat die Antragstellerin die einleitend angeführten Anträge beim Bundesvergabeamt eingebracht.

Die Antragstellerin bezahlte € 3.891.- an Pauschalgebühren. (OZ 1).

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den genannten Quellen. Die herangezogenen Beweismittel sind echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 1. Juni 2011, OZ EV7, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Bei der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 5.1.2009, N/0153-BVA/03/2008-23; BVA 7.4.2010, N/0012-BVA/12/2010-16 u.v.a.). Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. € 33 Mio.-. jener des gegenständlichen Loses € 358,766.- ohne Ust. Das gegenständliche Verfahren ist daher dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd § 4 BVergG zu qualifizieren. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollanwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 27.5.2011, OZ 4, das Vergabeverfahren weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Die Ausschreibungsbestimmungen sind unbekämpft geblieben.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 320 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

Schließlich ist festzuhalten, dass der gegenständliche Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung jedenfalls rechtzeitig ist und der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Zu Spruchpunkt I:

1. Antragslegitimation

Zur Antragslegitimation gemäß § 320 Abs 1 BVergG führte der Verwaltungsgerichtshof aus (vgl. VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095), dass die Nachprüfungsbehörde befugt - und gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet - ist, im Rahmen der Prüfung der Antragslegitimation zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens.

Jedoch schränkt der Verwaltungsgerichtshof den Rahmen der Nachprüfungskontrollbehörde für die Prüfung der Antragslegitimation insofern ein, als es dem genannten Sicherungszweck zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidungsgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind (vgl. VwGH 12.5.2011, ZI. 2007/04/0012).

Zudem ist es gemäß Erkenntnis des VwGH vom 18.3.2009, ZI. 2007/04/0095, nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde, bei der Prüfung der Antragslegitimation die Plausibilität von Bieterangaben zu prüfen, wenn dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (vgl dazu auch VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199).

Da die Frage der Gleichwertigkeit des von der Antragstellerin angebotenen Produktes PROMATECT 500L zu dem in der Position 01 831 0230 ausgeschriebenen Leitprodukt PYROMENT IK 90 BD vom erkennenden Senat unter Berücksichtigung der jüngsten Judikatur des VwGH (vgl. VwGH vom 12.5.2011, ZI. 2007/04/0012) nur nach Beurteilung eines Sachverständigen beantwortet werden kann und jedenfalls von der Nachprüfungsbehörde nicht verlangt werden kann, im Rahmen der Prüfung der Antragslegitimation derartige Ermittlungen durch Beiziehung eines Sachverständigen durchzuführen (vgl VwGH vom 1.3.2005, ZI. 2003/04/0199), was nach obigen Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes dem Zweck der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens zuwiderlaufen würde, war von der Antragslegitimation der Antragstellerin gemäß § 320 Abs 1 BVergG auszugehen.

2. Zuschlagsprinzip

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

Gemäß § 79 Abs 3 BVergG ist in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder - sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist - dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren

Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Diese Angabe kann auch im Wege der Festlegung einer Marge, deren größte Bandbreite angemessen sein muss, erfolgen. Ist die Festlegung der Zuschlagskriterien im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung aus nachvollziehbaren Gründen nach Ansicht des Auftraggebers nicht möglich, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Sofern in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung betreffend das Zuschlagsprinzip erfolgt, ist der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

Dies gilt gemäß § 100 BVergG sinngemäß auch für den Unterschwellenbereich. Sofern in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung betreffend das Zuschlagsprinzip erfolgt, ist der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

Gemäß § 130 BVergG ist von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Gemäß Abs 2 leg.cit. sind die Gründe für die Zuschlagsentscheidung schriftlich festzuhalten.

Gemäß § 131 Abs 1 hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde.

Die Antragstellerin stützt ihren Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen darauf, dass der Auftraggeber trotz Festlegung in den Aus-

schreibungsbestimmungen, dem wirtschaftlich und technisch günstigsten Angebot der Zuschlag erteilen zu wollen, beabsichtigt, den Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen und entgegen diesen Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen in der Zuschlagsentscheidung die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nicht bekannt gegeben hat.

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (s. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl. VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21; 28.7.2006, N/0048-BVA/15/2006-28 u.v.a).

In der EU-Bekanntmachung vom 22.3.2011, Zl. 2011/S 58-094084, ist unter Punkt IV.2 (Zuschlagskriterien) das Kästchen "Wirtschaftlich günstigstes Angebot" markiert.

In den Ausschreibungsbestimmungen hat der Auftraggeber nachweislich in Punkt 18.2. hinsichtlich des Zuschlagsprinzips festgelegt, dass der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden soll.

Weiter ist dazu angeführt, dass im Falle der Auftragserteilung nach dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot für die im Zuge der .Angebotsprüfung nicht

ausgeschiedenen Angebote nachstehende gekennzeichnete (angekreuzte) Kriterien gelten:

Pkt		Gewichtung
1	Gesamtpreis Anmerkung: Die Bewertung des Gesamtpreises erfolgt mittels nachstehender Formel: Gewichtete Punkteermittlung = (Gesamtpreis des nicht ausgeschiedenen Billigstbieters) : (Gesamtpreis des jeweiligen Bieters) x (100) x (Gewichtung)	-----
2	Ästhetik	-----
3	Firmenneutrale Eignung zur Erweiterungsmöglichkeit von angebotenen Leistungen	-----
4	Angebotene Gewährleistungsfrist(en) Anmerkung: Die Bewertung der angebotenen Gewährleistungsfrist(en) erfolgt mittels nachstehender Formel: Mindestgewährleistungsfrist: 73 Punkte Pro angebotenem zusätzlichem Gewährleistungsjahr: + 9 Punkte (maximal + 27 Punkte *)- Gewichtete Punkteermittlung = (jeweilige Gesamtpunkte) x (Gewichtung)	-----
5	Sonstige Kriterien	-----

*) Bei Aliquotierung

In den Ausschreibungsbestimmungen unter Punkt 10 ist festgelegt: *"Im Falle des Unterbleibens von Angaben über eine zuzügliche Gewährleistungsfrist gelten die vorstehend angeführten Mindestgewährleistungsfristen. Ich nehme zur Kenntnis, dass zuzügliche Gewährleistungsfristen bei der Bestbieterermittlung nur dann berücksichtigt werden, wenn sie in gleicher Höhe für alle Leistungen angeboten werden. Auch nehme ich zur Kenntnis, dass über 3 (der) Jahre hinausgehende angebotenen zusätzliche Gewährleistungsfristen bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden."*

Gemäß Festlegung in Punkt 18.2. bringen zusätzliche Gewährleistungsfristen pro angebotenem zusätzlichem Gewährleistungsjahr 9 Punkte (maximal + 27 Punkte).

Auf Grund der Festlegung in Punkt 18.2. der Ausschreibungsbestimmungen, wonach der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden soll als auch die Markierung des Kästchens "Wirtschaftlich günstigsten Angebot" in

der EU-Bekanntmachung, waren aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters im Sinne des angeführten Interpretationsmaßstabes bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG, Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 19.11.2008, 2007/04/20018, 2007/04/0019; 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.] die genannten Bestimmungen betreffend das Zuschlagsprinzip jedenfalls dahingehend zu verstehen, dass der Auftraggeber beabsichtigt, den Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot und nicht dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

Mangels Anfechtung ist die Ausschreibung bestandsfest geworden und damit unveränderte Grundlage für die Bewertung der Angebote (vgl. VwGH 19.5.2004, 2004/04/0054; VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078). In der Folge sind alle Bieter und auch der Auftraggeber an die Bestimmungen der Ausschreibung gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (vgl. EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, Rz 89).

Die Antragstellerin legte ein Angebot mit einer Summe von netto € 168.902,39.- und wurde damit nach dem Preis an 2. Stelle gereiht. Zusätzlich hat die Antragstellerin eine Gewährleistungsfristverlängerung von 3 Jahren angeboten. Im Prüfbericht über die Angebotsprüfung ist unter Punkt 1.2. festgehalten, dass es sich um eine Billigstbieterausschreibung handelt und "*[a]ufgrund der Angebotsbestimmungen die Gewährleistungsfristverlängerungen für die Billigstbieterfindung nicht relevant [sind] und daher nicht weiter berücksichtigt [werden].*"

Beabsichtigt nun der Auftraggeber, wie im gegenständlichen Fall, den Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen, weil er sich bei der Festlegung des Bestbieterprinzips als Zuschlagsprinzip geirrt hat, sowohl in der EU-Bekanntmachung als auch in den Ausschreibungsbestimmungen, und er darüber hinaus auch noch die Zuschlagsentscheidung irrtümlich so formuliert hat, dass die B*** . als "Bestbieter anhand der festgelegten Kriterien" ermittelt wurde, verkennt dieser, dass entsprechend den allgemeinen Bestimmungen des § 79 BVergG 2006 iVm § 19 Abs. 1 leg.cit alle Bieter darauf vertrauen können müssen, dass sich der Auftraggeber an

die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält (EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Storebaelt; EuGH 25.04.1996 Rs C-87/94-Kommission/Belgien). Abweichungen von den in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen begründen eine Verletzung der wesentlichen Grundsätze des Vergabeverfahrens.

In der am 21.6.2011 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten mündlichen Verhandlung hat der Auftraggeber auf Vorhalt des in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegten Bestbieterprinzips ausgeführt, dass er sich geirrt hat. Auf weiteren Vorhalt des in der EU-Bekanntmachung markierten Kästchens " Wirtschaftlich günstigstes Angebot" führte der Auftraggeber ebenfalls aus, dass er sich auch hier geirrt hat. Auf weiteren Vorhalt, dass laut Zuschlagsentscheidung die Firma B*** als Bestbieter anhand der festgelegten Kriterien ermittelt worden ist, führte der Auftraggeber auch dazu aus, dass er sich geirrt hat. Dem Einwand des Auftraggebers, mangels Festlegung von Zuschlagskriterien und nicht gekennzeichneten (angekreuzten) Kriterien für die Gewichtung hätten redliche Bieter nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung jedenfalls aber davon ausgehen müssen, dass nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot der Zuschlag erteilt werden soll, sondern dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, ist entgegen zu halten, dass die Ausschreibung nicht innerhalb der in § 321 Abs.2 BVergG festgelegten Frist angefochten wurde, damit Bestandskraft erlangt hat und unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote geworden ist (vgl. BVA vom 22.6.2005, 03N-35/05-26). Damit sind nicht nur die Bieter, sondern ist auch der Auftraggeber an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden (vgl. BVA vom 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30; BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26; BVA vom 13.1.2005, 03N-111/04-10; s. auch Huber-Mataushek in ZVB 10/2005, 286).

Wenn der Auftraggeber auf die Zweifelsregel in § 79 Abs 3 letzter Satz BVergG verweist, wonach der Auftraggeber den Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen hat, wenn kein Zuschlagsprinzip in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt ist, verkennt dieser, dass der Auftraggeber in Pkt. 18.2. der Angebotsbestimmungen das Bestbieterprinzip als Zuschlagsprinzip festgelegt hat.

Das Vorbringen des Auftraggebers, er habe sich bei den Festlegungen des Zuschlagsprinzips geirrt und daher seien auch die von drei Bietern angebotenen Gewährleistungsfristverlängerungen nicht berücksichtigt worden, zeigt gerade, dass von diesen drei - jedenfalls durchschnittlichen fachkundigen - Bietern bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genannten Festlegungen betreffend das Zuschlagsprinzip dahingehend verstanden worden sind, dass der Auftraggeber die Absicht hat, den Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot und nicht dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

Darüber hinaus hat der VwGH mit Erkenntnis vom 1.10.2008, Zl. 2004/04/0237-8, 0238-8 Folgendes ausgeführt:"

".....Das geltende Zuschlagsprinzip muss explizit angeführt werden, wobei der Auftraggeber frei wählen kann, ob er die Angabe in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen vornimmt, jedenfalls aber an mindestens einer dieser Stellen. Die zwei Zuschlagssysteme des BVergG schließen einander aus. Hat der Auftraggeber ein Prinzip gewählt, ist er daran gebunden (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2002, Rz 35, 37 und 43 zu § 67)..... Entgegen der Ansicht der belangten Behörde kann in Fällen wie den vorliegenden, in denen sich der Auftraggeber bestandsfest auf das "Bestbieterprinzip" festgelegt hat, eine Bestbietermittlung jedoch mangels konkret aufgestellter Zuschlagskriterien nicht durchführen kann, das Bestbieterprinzip nicht in das Billigstbieterprinzip umgedeutet werden. Für eine derartige "Zweifelsregel" bietet das BVergG keine Grundlage und es würde dies auch dem Grundsatz der Transparenz widersprechen. Der Beschwerdeführer ist daher im Recht, wenn er geltend macht, der Ermittlung des Bestbieters sei ihm nach Lage des Falles mangels zulässiger Zuschlagskriterien nicht möglich gewesen, weshalb er zu den gegenständlichen Widerrufsentscheidungen verpflichtet gewesen sei. Auch rechtliche Gründe, die auf einem Fehler des Auftraggebers beruhen (wie beispielsweise in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene rechtswidrige Bedingungen oder ein fehlendes, ungeeignetes oder rechtswidriges Bestbieterermittlungsschema), die dem Auftraggeber erst nachträglich - etwa in einem Nachprüfungsverfahren bekannt werden -, verpflichten nämlich den Auftraggeber zum Widerruf (vgl. Schramm/Öhler/Stickler, a.a.O., Rz

20 ff zu § 105; siehe auch das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften [EuGH] vom 4. Dezember 2003, Rs. C-448/01, EVN AG, Rn 95, in dem der EuGH ausdrücklich von einer Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zum Widerruf der Ausschreibung ausgeht, wenn sich eine Entscheidung bezüglich eines von ihm festgelegten Zuschlagskriteriums im Nachprüfungsverfahren als rechtswidrig erweist und deshalb von der Nachprüfungsbehörde für nichtig erklärt wird; vgl. auch das hg. Erkenntnis vom . März 2005, ZI. 2002104/0125). Anzumerken ist, dass ein allfälliges fahrlässiges Verhalten keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit der Widerrufsentscheidung, sondern allenfalls auf Schadenersatzpflichten hat (vgl. dazu das zur insofern gleich lautenden Bestimmung des § 139 Abs 1 Z 1 und 2 BVergG 2006 ergangene hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2008, ZI. 2008/04/0001)."

Im gegenständlichen Fall hat der Auftraggeber bestandsfest in Punkt 18.2. der Ausschreibungsbestimmungen das "Bestbieterprinzip" festgelegt. Hat der Auftraggeber ein Prinzip gewählt, ist er daran gebunden. Er beabsichtigt jedoch, den Zuschlag nach dem Billigstbieterprinzip, also dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, zu erteilen, weil das Bestbieterprinzip nur "irrtümlich" festgelegt worden ist. Gemäß o. zit. Judikatur des VwGH kann "das Bestbieterprinzip nicht in das Billigstbieterprinzip umgedeutet werden", wozu es aber durch das Vorgehen des Auftraggebers im gegenständlichen Fall käme. Da dem Auftraggeber - laut eigenen Angaben mangels zulässiger Zuschlagskriterien- die Ermittlung des Bestbieters nicht möglich gewesen ist, wäre er in Entsprechung der zitierten Judikatur des VwGH zum Widerruf verpflichtet gewesen, wobei ein allfälliges fahrlässiges Verhalten keinen Einfluss auf die Widerrufsentscheidung hat (vgl. VwGH. 1.10.2008, ZI. 2004/04/0237-8, 0238-8).

Aus diesem Grunde ist die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet und war somit für nichtig zu erklären. Auf das übrige Vorbringen war daher nicht mehr einzugehen.

Das Thema " Festlegung des Zuschlagsprinzips" war Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 21.6. 2011. Den Parteien wurde ausreichend Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen. [vgl. EuGH 19.6.2003, RsC-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233; 1.3.2005, 2003/04/0339; 16.2.2005, 2004/04/0030].

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller 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.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.891,-- tatsächlich entrichtet. Der Antrag auf Ersatz allenfalls zu entrichtender Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Nachprüfungsantrag und damit rechtzeitig gestellt.

Da – wie sich aus Spruchpunkt I ergibt – dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung stattzugeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig.

Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb von sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und/oder den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss – abgesehen von den gesetzlichen Ausnah-

men – von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Für die Beschwerde ist gemäß § 17a Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 (VfGG) idgF bzw. § 24 Abs. 3 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) idgF eine Gebühr von 220,-- Euro zu entrichten, sofern der Beschwerdeführer nicht eine Gebietskörperschaft ist.

Wien, am 5. Juli 2011

Die Vorsitzende des Senates 3

MR Dr. Sybill Huber-Mataushek