



GZ: N/0067-BVA/09/2011-21

Betreff: Vergabeverfahren "Stahlbau-, Schlosser-, Glaser- und Anstricharbeiten Schloß Schönbrunn - Palmenhaus; Projektnummer DRU 2120"; **Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung**

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Mag. Maria Ulmer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren „Stahlbau-, Schlosser-, Glaser- und Anstricharbeiten Schloß Schönbrunn - Palmenhaus; Projektnummer DRU 2120“, des Auftraggebers Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft mbH, Schönbrunner Schloßstraße 47, 1130 Wien, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 12. Juli 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 13. Juli 2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

I.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung vom 6.7.2011, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wird, gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG für nichtig erklären", wird **abgewiesen**.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 2, 321 Abs 4, 129 Abs 1 Z 7 BVergG

II.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Auftraggeberin gemäß § 319 BVergG zum Ersatz der Pauschalgebühren verpflichten", wird **abgewiesen**.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG

B e g r ü n d u n g

Die A***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 12. Juli 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 13. Juli 2011, einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom **12. Juli 2011** brachte die **Antragstellerin**, soweit entscheidungsrelevant, im Wesentlichen vor, dass der gegenständliche Bauauftrag in Form eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben worden sei.

Die Leistung gliedere sich grob in drei Gewerke:

1. Stahlbau-/ Schlosserarbeiten
2. Glaserarbeiten
3. Korrosionsschutzarbeiten

Gemäß Pkt. 2.4, 2. Absatz der Ausschreibung, behalte sich der Auftraggeber vor, die Leistungsgruppe 7 (Glaserarbeiten) eventuell getrennt zu vergeben.

Gemäß Pkt. 2.14 der Ausschreibung seien Teilangebote für das Kapitel Glas (LV/Pos 7) erwünscht. [...].

Punkt 4 der Ausschreibung laute:

[...]. Der AN ist verpflichtet, Unklarheiten bereits in der Angebotsphase (Begleitschreiben) aufzuzeigen. Reklamationen nach Erteilung des Auftrages, sowie Preiserhöhungen aus dem Titel von unklaren Angaben werden nicht akzeptiert bzw berücksichtigt.

Der Bieter bestätigt mit der Abgabe/Unterfertigung des Angebotes, dass die Lieferungen und Leistungen vollständig beschrieben sind und keine Teilleistungen fehlen, die zur einwandfreien Erfüllung des Vertrages notwendig sind. Bestehen nach

Ansicht des Bieters bei der Auslegung des Ausschreibungstextes mehrere Möglichkeiten bzw erscheint etwas unklar, so wird der Bieter vor Abgabe des Angebotes spätestens vor Vertragsabschluss, eine Klärung herbeiführen. Nach Vertragsabschluss gilt - entgegen ÖNORM - die Art der Auslegung, welche vom Auftraggeber vorgesehen war.

Die Angebotsöffnung habe am 25. Mai 2011 stattgefunden. Verlesen worden seien die Gesamtpreise sowie die Teilpreise für die Glaserarbeiten (LG 7 des LV). Hinsichtlich der verlesenen Gesamtpreise liege die Antragstellerin an erster Stelle. Auch hinsichtlich der verlesenen Teilpreise für Glaserarbeiten liege die Antragstellerin an erster Stelle.

Am 7. Juni 2011 habe die Antragstellerin per E-Mail vom Auftraggeber ein Aufklärungsersuchen erhalten. Dieses Aufklärungsersuchen sei am 8. Juni 2011 beantwortet worden.

Am 17. Juni 2011 habe die Antragstellerin per Fax vom Auftraggeber die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erhalten. Diese habe auf das Angebot der B*** gelautet. Die Zuschlagsentscheidung habe nicht die LG 7 (Glaserarbeiten) umfasst.

Die Antragstellerin habe in der Zwischenzeit erfahren, dass die Glaserarbeiten - und nur diese - nochmals parallel ausgeschrieben worden seien.

Die Antragstellerin habe den Auftraggeber mit E-Mail vom 20. Juni 2011 davon informiert, dass die Vergabe von Teilleistungen und die parallele Doppelausschreibung der Glaserarbeiten unzulässig seien. Mit Fax vom 21. Juni 2011 habe der Auftraggeber die Antragstellerin darüber informiert, dass die Zuschlagsentscheidung zurückgenommen worden sei. Am 6. Juli 2011 habe die Antragstellerin vom Auftraggeber per Fax die nunmehr bekämpfte Ausscheidensentscheidung erhalten.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt. Insbesondere sei die Antragstellerin verletzt in ihrem Recht auf:

- Nichtausscheiden eines dem BVergG und der Ausschreibung entsprechenden Angebots und auf weitere Einbeziehung im Vergabeverfahren
- Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Verfahrens und Wettbewerbs
- Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen durch den Auftraggeber
- Einhaltung der Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere der Verpflichtung, ausgeschriebene Leistungen auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen
- Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung und letztlich auch Zuschlagserteilung lautend auf ihr Angebot

Die Ausscheidensentscheidung sei nicht gesetzmäßig, da der Auftraggeber in Pkt. 4 der Ausschreibungsbedingungen ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt habe, Unklarheiten und ein differierendes Verständnis der Ausschreibung auch noch im Begleitschreiben zum Angebot aufzuzeigen. Weiters sei festgelegt, dass diese Punkte nachfolgend bis zur Erteilung des Auftrages bzw. spätestens vor Vertragsabschluss geklärt würden. Die in dieser Bestimmung vorgezeichnete Möglichkeit könne dazu führen bzw. habe evidenten Maßen dazu geführt, dass es zu einer nachträglichen Änderung von Angeboten kommen könne. Diese den Bietern eingeräumte Möglichkeit sei im offenen Verfahren äußerst problematisch, da ein solches Vorgehen auf eine Art "Mittelösung" zwischen einem offenen und einem Verhandlungsverfahren hinauslaufe. Dies wäre aufgrund des Typenzwanges der vorgegebenen Verfahrensarten grundsätzlich gesetzwidrig.

Die Ausschreibung sei jedoch nicht bekämpft worden und daher bestandsfest. Dies gelte grundsätzlich auch für Rechtswidrigkeiten. Der Antragstellerin könne daher nicht zum Vorwurf gemacht werden, sich an die bestandsfeste, wenn auch eventuell rechtswidrige, Ausschreibungsunterlage gehalten zu haben. Dementsprechend habe der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerin zunächst - trotz der nunmehr behaupteten unbeheblichen Mängel - auch nicht ausgeschieden, sondern lediglich um Aufklärung zu einigen Punkten des Begleitschreibens ersucht, sowie ein

mögliches nachfolgendes Vergabegespräch avisiert. Offenbar habe der Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt keinen Grund für ein Ausscheiden bzw. kein Vorliegen nicht behebbarer Mängel gesehen. Im gegenteiligen Fall wäre dieses Aufklärungsersuchen nicht nur irreführend, sondern auch völlig überflüssig gewesen.

Die Antragstellerin habe das Aufklärungsersuchen vollständig und auch iSd Pkt. 4 der Ausschreibung rechtzeitig (also vor Vertragsabschluss) beantwortet. Die nunmehrige Ausscheidung ihres Angebotes stehe im Widerspruch zu den bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen. Sollte man der Rechtsansicht sein, dass Pkt. 4 der Ausschreibungsbedingungen trotz Nichtanfechtung nicht bestandsfest geworden seien, da eine derartige Mischform der Verfahrensarten der Präklusion nicht zugänglich sei, wäre die Konsequenz daraus nicht das Ausscheiden eines Angebotes, sondern der zwingende Widerruf des Vergabeverfahrens.

In weiterer Folge erstattete die Antragstellerin ein detailliertes Vorbringen zu den vom Auftraggeber herangezogenen Ausscheidensgründen:

Engineeringkosten, statische Berechnungen, Baustelleneinrichtung/
Baustellenräumung, Gerüstbauarbeiten, Stahlbau- Schlosserarbeiten,
Korrosionsschutzarbeiten, Bauzeitplan, Baubeginn und Bauende, Baustrom/ Abfall-
und Müllentsorgung/ Baukoordination/ Sicherheitsgründe/ Bauschäden, Arbeitszeit/
Mehraufwand, Genehmigungen, Gesamtvergabe, Preisbasis, Lieferbedingungen/
Regiepreisliste sowie Zahlungsbedingungen.

Im Detail wiedergegeben wird in der Folge nur das entscheidungsrelevante diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin:

Zu Punkt 7 der Ausscheidensentscheidung "Bauzeitplan":

Dieser Ausscheidensgrund sei nicht zutreffend. Die Antragstellerin sei in Kenntnis erfahrungsgemäß üblicher Vereinbarungen bei derartigen Aufträgen davon ausgegangen, dass mit dem binnen sieben Tagen ab Auftragserteilung vorzulegenden Bauzeitplan lediglich ein Grobterminplan gemeint wäre und der detaillierte Bauzeitplan nach Abstimmung mit der Örtlichen Bauaufsicht dann innerhalb von 14 Tagen nach Auftragserteilung vorgelegt hätte werden können. Wenn auch die Antragstellerin das nunmehr aufgetretene Missverständnis

nachvollziehen könne, so seien derartige Klarstellungen vom Auftraggeber in Punkt 4 der Ausschreibungsbedingungen ausdrücklich für das Begleitschreiben zum Angebot zugelassen gewesen. Aber auch ohne diesen Punkt 4 wäre dieser Hinweis zulässig gewesen, da er keine Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen bedeute.

Darüber hinaus sei dieser Punkt nicht Gegenstand des Aufklärungsschreibens vom 7.6.2011 gewesen, woraus sich ableiten lasse, dass der Auftraggeber diesen Umstand damals nicht als Ausscheidensgrund betrachtet habe. Dieser Punkt hätte sich problemlos aufklären lassen, wenn der Antragstellerin hierzu Gelegenheit gegeben worden wäre. Das sofortige Ausscheiden ohne kontradiktorisches Zwischenverfahren sei bereits für sich alleine rechtswidrig.

Zu Punkt 17 der Ausscheidensentscheidung "Preisbasis":

Auch dieser Ausscheidensgrund sei nicht zutreffend. Derartige Anmerkungen seien durch Punkt 4 der Ausschreibungsbedingungen ausdrücklich für das Begleitschreiben zugelassen. Darüber hinaus sei dieser Punkt bereits durch das Aufklärungsschreiben vom 7.6.2011 und das Antwortschreiben vom 8.6.2011 geklärt.

Weiters sei die Ausscheidensentscheidung nicht gesetzmäßig, da sie rechtsmissbräuchlich ergangen sei. Aus dem geschilderten Ablauf der Ereignisse werde deutlich, dass der Auftraggeber die Strategie verfolge, durch das unerwartete Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin dieser die Antragslegitimation gegen eine offensichtlich rechtswidrige Zuschlagsentscheidung zu nehmen. Durch das Aufklärungsersuchen habe der Auftraggeber nämlich eine ins Gegenteil gerichtete Absicht suggeriert. Selbst für den Fall, dass das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin für sich gesehen gesetzmäßig gewesen sein sollte, wäre aufgrund des anhand des Ereignisablaufs naheliegenden Rechtsmissbrauchs zu prüfen, ob die zuvor vorgesehene Zuschlagsentscheidung - oder überhaupt eine Zuschlagsentscheidung zu einem anderen Angebot - rechtmäßig möglich wäre. Dies widerspreche auch nicht der Judikatur des VwGH, wonach ein ausschreibungsgemäßes Angebot Voraussetzung für die Antragslegitimation sei, denn der hier relevierte Umstand, dass der Auftraggeber die Möglichkeit des

Ausscheidens eines Angebotes erst zu einem Zeitpunkt in Anspruch nehmen wolle, zu welchem deutlich sei, dass dadurch lediglich eine rechtswidrige Zuschlagsentscheidung gestützt werden solle, sohin der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs, sei vom VwGH in diesem Zusammenhang noch nicht geprüft und entschieden worden.

Die am 17. Juni 2011 ergangene und nach "Beschwerde" durch die Antragstellerin wieder zurückgezogene Zuschlagsentscheidung, sei aus folgenden Gründen offensichtlich rechtswidrig gewesen:

Die Zuschlagsentscheidung sei zu einem nicht verlesenen Preis bzw. Angebot ergangen. Verlesen worden seien lediglich die Gesamtpreise sowie die Teilpreise der LG 7 (Glaserarbeiten), nicht jedoch die Preise der restlichen Leistungen. Gemäß § 118 Abs 5 Z 2 BVergG seien zwingend sämtliche Teilgesamt- oder Teilangebotspreise zu verlesen. Ein Zuschlag zu einem nicht verlesenen Preis sei nach der eindeutigen Judikatur nicht zulässig. Die Ausschreibung habe zugelassen, auch nur ein Gesamtangebot abzugeben. Gemäß Pkt. 2.14 der Ausschreibung seien Teilangebote bloß "erwünscht", jedoch nicht zwingend gewesen. Die Antragstellerin habe dementsprechend in zulässiger Weise in ihrem Begleitschreiben festgehalten, dass die Preise ihres Angebotes nur bei einer Gesamtvergabe gültig seien.

Die Vergabe von Teilleistungen - insbesondere die offenbar hier vorliegende Vergabe nicht einmal aller Teilleistungen, sondern bloß eines Teiles der Gesamtleistung - stelle eine unzulässige Diskriminierung und somit einen Verstoß gegen § 19 Abs 1 BVergG dar. Ein Bieter, der zulässiger Weise ein Gesamtangebot abgegeben habe, habe auf diese Weise keine oder nur eine wesentlich verminderte Chance auf Erhalt des Zuschlags.

Die Vermeidung einer solchen Diskriminierung bzw willkürlichen Vergabe durch den Auftraggeber, sei der Zweck des Verbotes des bloßen Teilvergabevorbehalts gemäß § 22 Abs 2 BVergG, das hier vom Auftraggeber verletzt worden sei. Ein derart krasser Verstoß gegen zentrale gesetzliche Verbote könne trotz Ablauf der Anfechtungsfrist gegen die Ausschreibung nicht präkludieren, denn sonst hätte der

Auftraggeber durch die Formulierung von "eventuellen Vorbehalten" im Falle der Nichtanfechtung der Ausschreibung fast schrankenlose Möglichkeit zu Vergabewillkür. Das System der gesondert anfechtbaren Entscheidungen solle nicht dazu dienen, dem Auftraggeber willkürliche und intransparente Chancen zur Auftragsvergabe zu eröffnen. Die Zulässigkeit von Präklusionsfristen sei nicht als schrankenlos anzusehen. Hier sei auf die Entscheidung des EuGH vom 16.10.2003, Rs C-421/01 verwiesen, nach der die mangelnde Festlegung von Mindestanforderungen für Alternativangebote solche Angebote nicht zuschlagsfähig machen würden. Dies eindeutig auch dann, wenn die Ausschreibung nicht angefochten worden sei. Daraus folge, dass der Auftraggeber keinen bloß eventuell vorbehaltenen Zuschlag zu Teilangeboten erteilen dürfe. Der Auftraggeber dürfe sich nicht erst nach Angebotsöffnung aussuchen, welchen Leistungsumfang er an wen beauftragen möchte. Dieses Verbot könne nicht präkludieren.

Wie bereits erwähnt, habe die Antragstellerin erfahren, dass die Glaserarbeiten nochmals parallel ausgeschrieben worden seien. Diese Parallelausschreibung erkläre erstens, warum der Auftraggeber mit der zurückgezogenen Zuschlagsentscheidung nur die Restleistungen exklusive der Glaserarbeiten vergeben habe wollen und bedeute zweitens einen evidenten Verstoß gegen § 19 Abs 4 BVergG, nämlich der Verpflichtung, ein Vergabeverfahren nur dann durchzuführen, wenn die Absicht bestehe, die Leistungen auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Ganz offensichtlich habe dies der Auftraggeber hinsichtlich der LG 7 "Glaserarbeiten" nicht vorgehabt, was die gesamte Ausschreibung mit Rechtswidrigkeit belaste. Dieser Verstoß könne bereits deshalb nicht mangels Anfechtung präkludieren, da dieser Umstand der Doppelausschreibung von Leistungen den Bietern vor Angebotsabgabe gar nicht bekannt gewesen sei. Was den Bietern nicht bekannt gewesen sei, könne keinesfalls Gegenstand der Präklusion sein (EuGH 11.10.2007, Rs C-241/06).

Weiters seien die eingelangten Angebote auch nicht vergleichbar. Es bestünden eklatante Differenzen bei den Angebotssummen, sodass offenbar die Leistungsbeschreibung derart missverständlich gewesen sei, dass die Bieter nicht annähernd von ähnlichen Vorstellungen über den Leistungsumfang ausgegangen

sein. Dem Auftraggeber dürfte eine gewisse Unklarheit der Leistungsbeschreibung auch selbst bewusst gewesen sein, da er gemäß Pkt. 4 den Bietern die Möglichkeit eingeräumt habe, auch noch im Begleitschreiben die Leistungsbeschreibung betreffende Einwände anzumerken, die dann spätestens vor Vertragsabschluss zu klären wären.

Die Vergleichbarkeit der Angebote sei nicht nur zwingend vorgeschrieben bzw. vom Auftraggeber durch entsprechende Leistungsbeschreibung herbeizuführen, sondern könne eine mangelnde Vergleichbarkeit der Angebote auch nicht präkludieren. Die Unmöglichkeit einer objektiv nachvollziehbaren und transparenten Bestbieterermittlung präkludiere nicht. Eine solche Unmöglichkeit der Bestbieterermittlung trete auch ein, wenn die Angebote selbst inhaltlich nicht vergleichbar seien. Eine mangelnde Festlegung der Leistungsumfanges, die vergleichbare Angebote nicht zulasse, präkludiere nicht.

Mit Schriftsatz vom **15. Juli 2011** erstattete der **Auftraggeber** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf Euro XXXX zzgl USt. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt.

Die Angebotsöffnung habe am 25.5.2011, 13.15 Uhr, stattgefunden. Das Angebot der Antragstellerin sei das preislich günstigste Angebot gewesen.

Die Zuschlagsentscheidung sei am 17.6.2011 per Telefax übermittelt worden. In weiterer Folge sei die Zuschlagsentscheidung mit Telefax vom 21.6.2011 wieder zurückgenommen worden. Eine neue Zuschlagsentscheidung sei nicht bekannt gegeben worden.

Am 6.7.2011 sei das Angebot der Antragstellerin per Telefax ausgeschieden worden. Das Vergabeverfahren befinde sich derzeit im Stadium der vertieften Angebotsprüfung durch den Auftraggeber. Das Verfahren sei nicht widerrufen, ein Zuschlag nicht erteilt worden.

Mit Schriftsatz vom **22. Juli 2011** erstattete der **Auftraggeber** eine Stellungnahme und brachte (soweit entscheidungsrelevant) im Wesentlichen vor, dass im Angebot der Antragstellerin und insbesondere in deren Begleitschreiben zum Angebot mehrere Abweichungen zu den Ausschreibungsunterlagen festgestellt worden seien. Die Antragstellerin sei diesbezüglich um Aufklärung ersucht worden. Mit Schreiben vom 8. Juni 2011 habe die Antragstellerin zum Fragenkatalog Stellung genommen. Nach Prüfung der Angebote habe am 16. Juni 2011 eine kommissionelle Angebotsbewertung stattgefunden. Das Angebot der Antragstellerin sei lediglich an vierter Stelle gereiht gewesen. Die Zuschlagsentscheidung sei am 17. Juni 2011 bekannt gegeben worden. Diese Zuschlagsentscheidung sei mit Telefax vom 21. Juni 2011 zurückgezogen worden. Im Zuge der Prüfung des Angebots der Antragstellerin und insbesondere des Begleitschreibens zum Angebot, habe der Auftraggeber insgesamt 20 Ausschreibungswidrigkeiten festgestellt. Daher sei der Antragstellerin auch eine Ausscheidensentscheidung übermittelt worden.

Die Antragstellerin versuche im Nachprüfungsantrag ihre ausschreibungswidrigen Festlegungen im Begleitschreiben umzudeuten, wobei die Grenzen des Wortlauts jedoch weit überschritten würden. Außerdem werde versucht, die Abweichungen von den Ausschreibungsbestimmungen mit der Begründungen "weg zu argumentieren", dass sie mit Aufklärungsschreiben vom 7. Juni 2011 zurückgenommen worden wären. All dies vermöge jedoch die evidente Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes der Antragstellerin nicht zu sanieren.

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung seien die allgemeinen für die Auslegungen rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der § 914ff ABGB auch im Vergaberecht anzuwenden. Neben den Ausschreibungsunterlagen habe auch die Auslegung von Angeboten anhand des objektiven Erklärungswertes zu erfolgen, sodass sich die Bedeutung der Angebotserklärung weder nach den Motiven des erklärenden Bieters, wie etwa allfällige Missverständnisse der Ausschreibungsbestimmungen, noch danach richte, wie dies der Erklärungsempfänger subjektiv verstanden habe, sondern allein danach, wie der Text des Angebotes unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden habe werden müssen. Lege man den Festlegungen im Begleitschreiben

ein rein objektives Verständnis zugrunde, stehe dieses objektives Verständnis im klaren Widerspruch zu den von der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag vorgenommenen Umdeutungen.

Die Ausscheidensgründe in § 129 Abs 1 BVergG seien zwingender Natur. Liege auch nur ein Ausscheidensgrund vor, so sei der Auftraggeber zur Ausscheidung verpflichtet. Daran ändere auch ein allfälliger Aufklärungsschritt nichts. Dem Auftraggeber komme schon im Sinne der Bietergleichbehandlung beim Ausscheiden von Angeboten kein wie immer geartetes Ermessen zu. Nur weil der Auftraggeber zunächst von einem formalen Ausscheiden Abstand genommen hätte, werde ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zuschlagsfähigen Angebot.

Die Antragstellerin gehe offenbar davon aus, dass sie die ausschreibungswidrigen Festlegungen im Begleitschreiben durch ihr Antwortschreiben vom 8. Juni 2011 wieder zurückgenommen habe. Abgesehen davon, dass im Antwortschreiben nur einige wenige, nicht jedoch alle Ausschreibungswidrigkeiten thematisiert worden seien, scheitere eine nachträgliche Änderung des Angebots durch die Antragstellerin an § 101 Abs 4 BVergG. Das BVergG normiere die Versteinerung des Angebots mit Ablauf der Angebotsfrist. Nach Ablauf der Angebotsfrist liege eine Änderung des Angebotes nicht mehr in der Ingerenz des Bieters. Mithin habe die Antragstellerin die evidenten Ausschreibungswidrigkeiten nicht mehr wirksam zurücknehmen können.

Schließlich versuche die Antragstellerin ihre ausschreibungswidrigen Festlegungen im Begleitschreiben auch damit zu rechtfertigen, dass es sich dabei lediglich um Klarstellungen zu Unklarheiten der Ausschreibungsunterlage handle. Dies unter Bezugnahme auf Pkt. 4 der Ausschreibungsunterlage.

Die von der Antragstellerin im Begleitschreiben vorgenommenen Festlegungen seien keineswegs Klarstellungen zu Unklarheiten in der Ausschreibung, sondern vielmehr bewusste Abweichungen zu den Ausschreibungsunterlagen.

Mit Schriftsatz vom **27. Juli 2011** erstattete die **Antragstellerin** eine Replik und brachte zusammengefasst vor, dass der Vorwurf der Antragstellerin nicht nur darauf

laute, dass die Ausscheidensgründe als solches nicht vorliegen würden, sondern auch, dass der Auftraggeber der Antragstellerin keine ausreichende Gelegenheit gegeben habe, etwaige Unklarheiten aufzuklären und zu beseitigen. Weiters sei festzuhalten, dass der Auftraggeber die den behaupteten Ausscheidensgründen zugrunde liegenden Angebotsinhalte als ausschreibungswidrig verstehen habe wollen, um eine möglichst massive Ausscheidensentscheidung rechtfertigen zu können. Dies vor dem Hintergrund der Judikatur über die mangelnde Antragslegitimation nach Angebotsausscheidung.

Aus der Stellungnahme des Auftraggebers sei auch abzuleiten, dass sich dieser selbst der nicht haltbaren Argumentation zumindest hinsichtlich einiger Ausscheidensgründe bewusst sei. Dies betreffe zum Beispiel das Ausscheiden wegen unplausibler Preise ohne Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens. Der Auftraggeber habe das Ziel gehabt, möglichst viele Ausscheidensgründe zu behaupten, damit letztendlich "etwas hängen bleiben würde". Nach Ansicht der Antragstellerin sei dieses Vorgehen rechtsmissbräuchlich und daher rechtswidrig.

Die vom Auftraggeber in seiner Stellungnahme behauptete nachträglich Änderung des Angebotes der Antragstellerin liege bei richtiger Auslegung des Begleitschreibens nicht vor. Und wenn doch, dann lediglich soweit, als dies der Auftraggeber in Punkt 4 der Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich zugelassen habe.

Der Auftraggeber argumentiere in seiner Stellungnahme, dass Klarstellungen im Begleitschreiben nicht zulässig gewesen wären und verweise auf die Festlegung in Punkt 4 der Ausschreibung, dass der Anbieter mit seiner Unterschrift erkläre, dass sämtliche Angaben in der vorliegenden Leistungsbeschreibung klar formuliert seien. Damit entferne sich der Auftraggeber vom selbst vorgebrachten Auslegungsgrundsatz der Berücksichtigung aller Umstände. Wenn in Punkt 4 der Ausschreibung zunächst stehe, dass der Bieter mit dem Angebot die Klarheit der Ausschreibung bestätigen solle, in weiterer Folge jedoch, dass der Bieter im Begleitschreiben Unklarheiten aufzeigen dürfe, die dann bis zum Vertragsabschluss gelöst werden sollten, sei in diesem Zusammenhang nur eine Auslegung möglich:

Die Bestätigung der Klarheit mit dem Angebot müsse nur soweit gehen, als nicht im Begleitschreiben Unklarheiten aufgezeigt würden.

Der Auftraggeber entferne sich mit seinen Ausführungen auch von der Entscheidung des VwGH vom 25.1.2011, 2006/04/0200, nach der ein auf den ersten Blick als Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen erscheinende Angebotsinhalt nur dann tatsächlich als Abweichung zu werten sei, wenn nach Auslegung des gesamten Angebotes der Wille zur Abweichung von der Ausschreibung klar sei. Mit anderen Worten: Im Zweifel sei davon auszugehen, dass der Bieter nicht gegen die Ausschreibungsbestimmungen verstoßen habe wollen.

Die Antragstellerin gestehe selbstverständlich zu, dass einige Punkte des Begleitschreibens auch anders verstanden werden könnten, wenn man sie anders verstehen wolle. Ein klarer Wille zur Abweichung von der Ausschreibung sei aus dem Begleitschreiben in Verbindung mit der Ausschreibung selbst nicht abzuleiten.

Mit Schriftsatz vom **8. August 2011** erstattete der **Auftraggeber** eine weitere Stellungnahme und brachte zusammengefasst vor, dass kein Zweifel daran bestehe, dass das Angebot der Antragstellerin ausschreibungswidrig sei. Zu eindeutig seien die Widersprüche zu den Ausschreibungsbedingungen. Das Begleitschreiben enthalte diverse Abweichungen zu den Ausschreibungsunterlagen. Die Antragstellerin gestehe in ihrer Stellungnahme vom 27. Juli 2011 zu, dass einige Punkte des Begleitschreibens auch anders verstanden werden könnten, wenn man diese anders verstehen wolle. Dem Auftraggeber werde unterstellt, das Angebot der Antragstellerin offenbar als ausschreibungswidrig verstehen zu wollen und der Antragstellerin keine ausreichende Gelegenheit gegeben zu haben, etwaige Unklarheiten aufzuklären oder zu beseitigen. Diese Behauptungen seien falsch.

Die Antragstellerin verkenne, dass nur Unklarheiten aufgeklärt werden könnten. Eindeutige Aussagen, die - unter Berücksichtigung ihres objektiven Erklärungswertes - als ausschreibungswidrig zu qualifizieren seien, könnten nicht aufgezeigt und beseitigt werden. Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote seien ohne vorherige Gelegenheit zur Aufklärung auszuschneiden. Lasse sich der

Inhalt des Angebots mit Hilfe der Interpretationsmethoden der § 914f ABGB feststellen, liege keine Unklarheit vor und seien keine Aufklärungen erforderlich.

§ 129 BVergG enthalte keine Vorgaben, zu welchem Zeitpunkt ein Angebot auszuscheiden sei bzw. wann der Bieter hievon zu verständigen sei. Der Auftraggeber dürfe bzw. müsse zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens auszuscheidende Angebote ausscheiden. Die Rechtsprechung gehe daher davon aus, dass nicht allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einer formalen Ausscheidung eines Angebotes Abstand genommen hätte, ein mangelhaftes Angebot zu einem zulässigen werde, dem der Zuschlag hätte erteilt werden können. Nur weil der Auftraggeber die Ausscheidensentscheidung zunächst unterlasse, werde ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zuschlagsfähigen Angebot. Für ein Ausscheiden gemäß § 129 BVergG reiche bereits ein einziger Ausscheidensgrund.

In der Folge stellte der Auftraggeber die Widersprüche der von der Antragstellerin im Begleitschreiben angeführten Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu den Ausschreibungsbestimmungen dar.

Einzelne konkrete Widersprüche im Begleitschreiben zu den Ausschreibungsbestimmungen (auszugsweise):

1. Punkt 3.5 der Ausschreibungsbestimmungen sehe vor, dass der Auftragnehmer binnen sieben Tagen nach Auftragserteilung einen erstellten Bauzeitplan sowie einen Sicherheits- und Gesundheitsplan vorzulegen und freizugeben lassen müsse. Im Begleitschreiben führe die Antragstellerin im Gegensatz hiezu aus, dass sie die entsprechenden Unterlagen innerhalb von 14 Tagen nach Auftragsunterzeichnung nachreichen werde.
2. Gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung (Seite 2) sei als Preisbasis das Datum der Angebotsabgabe - sohin der 25.5.2011 - vorgesehen. Davon abweichend stelle das Begleitschreiben der Antragstellerin auf die Preisbasis vom 1.7.2010 ab.

Die Fülle der im Begleitschreiben unmissverständlich formulierten Abweichungen von der Ausschreibung zeige, dass die Antragstellerin bewusst etwas anderes habe anbieten wollen, als ausgeschrieben worden sei. Schon vor diesem Hintergrund

könne die Behauptung der Antragstellerin, wonach ein klarer Wille zur Abweichung von der Ausschreibung aus dem Begleitschreiben nicht abzuleiten sei, nicht nachvollzogen werden.

Im Zuge der **mündlichen Verhandlung** vom 9.8.2011 brachte der **Auftraggeber** (K^{***}) vor, dass noch keine neue Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden sei. Die Ausscheidensentscheidung werde aufrecht erhalten.

Über Befragen, was Punkt 4 der Verfahrensordnung nach Ansicht des Auftraggebers konkret bedeute bzw. warum der Auftraggeber diese Bestimmung in die Ausschreibung aufgenommen habe, erklärte RA L^{***}, dass der Sinn dieser Bestimmung sei, den Bieter dazu zu verpflichten, Unklarheiten vor Angebotsabgabe zu rügen und dem Auftraggeber allfällige Nachzahlungen nach Auftragserteilung zu ersparen. Es sei zuzugestehen, dass die Wortwahl in Punkt 4 unklar sei. Unklar sei der Zeitpunkt, bis wann der Bieter längstens eine Klärung herbeiführen müsse. Dies betreffe die Formulierungen "vor Abgabe des Angebotes" bzw. "spätestens vor Vertragsabschluss". Zu beachten sei, dass die hier in Rede stehend Wortfolge "spätestens vor Vertragsabschluss" nicht aus dem Zusammenhang gerissen werden dürfe. In Punkt 4 und an mehreren anderen Stellen der Ausschreibungsunterlage (z.B. Punkt 5) werde klar vorgeschrieben, dass der Bieter mit der Angebotsabgabe die hinreichende Klarheit der Ausschreibungsunterlage bestätige. Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung lediglich für die Aufklärung durch den Bieter gelte. Aufklären könne man nur Unklares. Eindeutig ausschreibungswidrige Angebote ließen sich durch Aufklärungen nicht sanieren.

Über Befragen, ob der Auftraggeber der Ansicht sei, dass er mit dieser Ausschreibung (konkret Punkt 4) vergleichbare Angebote erhalten werde, erklärte RA L^{***}, dass man das derzeit noch nicht sagen könne, weil man sich noch in der Angebotsprüfungsphase befinde.

Der **Antragstellervertreter**, RA M^{***}, brachte vor, dass Punkt 4 der Verfahrensordnung so zu verstehe sei, dass Unklarheiten auch noch im Begleitschreiben aufgezeigt werden dürften. Der Zeitpunkt sei klar. Unklar sei hingegen die Reichweite dieser Bestimmung. Diese Reichweite sei vom Antragsteller

entsprechend weit ausgelegt worden. Die Vielzahl an Begleitschreiben der anderen Bieter würde indizieren, dass nicht nur er dies "so weit" verstanden hätte.

Über Befragen, ob die Antragstellerin Bieteranfragen zu den ihr unklaren Ausschreibungsbestimmungen gestellt habe, erklärte Herr O***, dass eine schriftliche Bieteranfrage nicht erfolgt sei. Die der Antragstellerin subjektiv als Unklarheiten erscheinenden Ausschreibungsbestimmungen, seien von ihr in der Folge im Begleitschreiben formuliert worden. Im Begleitschreiben habe die Antragstellerin ihre Interpretation dargelegt. Die Antragstellerin habe die Ausschreibung nicht angefochten.

RA L*** widersprach dem Vorbringen der Antragstellerin insoweit, als in den übrigen Begleitschreiben keine Abweichungen von der Ausschreibung formuliert worden seien, wie dies die Antragstellerin gemacht habe.

Über Befragen erklärte O***, dass die Antragstellerin hinsichtlich Punkt 3.5. der Verfahrensordnung davon ausgegangen sei, dass es sich hierbei nur um einen groben (Bauzeit)Terminplan handeln könne, da die Erstellung eines detaillierten Zeitplanes mehr Zeit in Anspruch nehmen würde. Die Erstellung eines detaillierten Zeitplanes sei wesentlich komplexer, als es der erste Eindruck vermitteln würde. Die Abstimmung mit den anderen Gewerken und den Wünschen des Auftraggebers erfordere eine gewissenhafte Erstellung des Zeitplanes, was einen bestimmten Zeitaufwand erfordere. Dies könne in sieben, aber auch in vierzehn Tagen möglich sein. Aus der Praxis könne man sagen, dass der Terminplan mit dem Auftraggeber abgestimmt werde.

RA L*** replizierte, dass sich aus Punkt 3.5 der Ausschreibung eindeutig ergebe, dass der Bauzeitplan innerhalb von sieben Tagen nach Auftragserteilung vorzulegen sei. Dies sei eine Standardbestimmung in sämtlichen Ausschreibungen des Auftraggebers und habe diese bisher keine Probleme verursacht.

RA M*** brachte vor, dass der Begriff "Bauzeitplan" kein exakter Begriff sei; vielmehr sei es so, dass es Grobbauzeitpläne gebe und auch solche, die einen sehr hohen Detaillierungsgrad aufweisen würden.

RA L*** erklärte, dass die Begriffe Bauzeitplan und SiGe-Plan im Baukoordinationsgesetz vorgegeben und inhaltlich klar umrissen seien.

RA M*** brachte weiters vor, dass sowohl in der Ausschreibung als auch im Begleitschreiben nicht die nötige Klarheit in allen Punkten vorliege, was jedoch nicht zum Ausscheiden der Antragstellerin führen könne, da gemäß Punkt 4 der Ausschreibung Unklarheiten jedenfalls im Begleitschreiben thematisiert werden könnten.

Der Auftraggeber erläuterte, dass auf Seite 2 der Ausschreibung als Preisbasis "das Datum der Angebotsabgabe" normiert gewesen sei. RA M*** erklärte hiezu, dass sich der Hinweis auf den "1.7.2010" als Preisbasis im Begleitschreiben der Antragstellerin daraus ergebe, dass das Projekt bereits letztes Jahr ausgeschrieben worden sei. Die Ausführung der Antragstellerin in Punkt 2.4 ihres Begleitschreibens würden auf einem Missverständnis der Antragstellerin beruhen. Das Missverständnis ergebe sich nicht konkret aus der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung.

K*** gab hiezu an, dass die genannte frühere Ausschreibung am 15.12.2010 gewesen sei und somit die Preisbasis 15.12.2010 und keinesfalls 1.7.2010 gewesen sein müsste.

RA L*** wies darauf hin, dass die Antragstellerin ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt und daher kein Recht darauf habe, im Vergabeverfahren zu verbleiben oder einen Widerruf zu erzwingen; hingewiesen werde weiters darauf, dass die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung nicht gerügt und daher nach der ständigen Judikatur und Spruchpraxis als saniert gelten würden.

Aufgrund des Vorbringens der Parteien, dem Inhalt der Vergabeunterlagen sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 9. August 2011, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Die Leistung gliedert sich grob in drei Gewerke:

1. Stahlbau-/ Schlosserarbeiten
2. Glaserarbeiten
3. Korrosionsschutzarbeiten

Punkt 4 der Verfahrensordnung lautet:

[...]. Weiters, dass sämtliche Angaben in der vorliegenden Leistungsbeschreibung klar formuliert sind und auf deren Grundlage die Angebotspreisbildung durchgeführt werden kann. [...].

Der AN ist verpflichtet, Unklarheiten bereits in der Angebotsphase (Begleitschreiben) aufzuzeigen. Reklamationen nach Erteilung des Auftrages, sowie Preiserhöhungen aus dem Titel von unklaren Angaben werden nicht akzeptiert bzw berücksichtigt.

Der Bieter bestätigt mit der Abgabe/Unterfertigung des Angebotes, dass die Lieferungen und Leistungen vollständig beschrieben sind und keine Teilleistungen fehlen, die zur einwandfreien Erfüllung des Vertrages notwendig sind. Bestehen nach Ansicht des Bieters bei der Auslegung des Ausschreibungstextes mehrere Möglichkeiten bzw erscheint etwas unklar, so wird der Bieter vor Abgabe des Angebotes spätestens vor Vertragsabschluss, eine Klärung herbeiführen. Nach Vertragsabschluss gilt - entgegen ÖNORM - die Art der Auslegung, welche vom Auftraggeber vorgesehen war.[...].

Der bestandsfeste Punkt 3.5, 3. Absatz, der Verfahrensordnung lautet:

Der Auftragnehmer hat binnen 7 Tagen nach Auftragserteilung einen erstellten Bauzeitplan sowie einen Sicherheits- und Gesundheitsplan (SiGe-Plan) gemäß BauKG vorzulegen und freigeben zu lassen.

Punkt 3.6 des Begleitschreibens der Antragstellerin vom 25.5.2011 lautet:

Terminvereinbarung und Montagebeginn sowie Bauzeitplan wird innerhalb von 14 Tagen nach Auftragsunterzeichnung nachgereicht.

Diese Erklärung der Antragstellerin war nicht Thema des Aufklärungsersuchens des Auftraggebers vom 7.6.2011, wurde jedoch als Ausscheidensgrund herangezogen.

Punkt 7 der Ausscheidensentscheidung vom 6.7.2011 lautet:

Pkt 3.5. der Verfahrensordnung sieht vor, dass der Auftragnehmer binnen sieben Tagen nach Auftragserteilung einen "erstellten Bauzeitplan sowie einen Sicherheits- und Gesundheitsplan.....vorzulegen und freigeben" lassen muss. In Ihrem Begleitschreiben vom 25.05.2011 gehen Sie demgegenüber davon aus, dass Sie die entsprechenden Unterlagen "innerhalb von 14 Tagen nach Auftragsunterzeichnung" nachreichen können. Dies ist ausschreibungswidrig.

Die Ausschreibung (Einladung zur Angebotsabgabe; Seite 2) enthält folgende Festlegung:

Preisbasis: Datum der Angebotsabgabe.

Punkt 2.4, erster Absatz, des Begleitschreibens der Antragstellerin lautet:

Alle in diesem Angebot angeführten Preise beziehen sich auf die Preisbasis vom 01-07-2010.

Der Auftraggeber hat diesen Punkt im "Aufklärungsersuchen" vom 7.6.2011 thematisiert und mitgeteilt, dass laut Ausschreibung als Preisbasis der 25.5.2011 heranzuziehen ist.

Die Antragstellerin hat in ihrem "Antwortschreiben" vom 8.6.2011 in Punkt 3 festgehalten:

Wir bestätigen die Preisbasis 25.05.2011.

Punkt 17 der Ausscheidensentscheidung lautet:

Das Begleitschreiben vom 25.05.2011 stellt auf die "Preisbasis vom 01-07-2010" ab. Dies widerspricht isofern den Ausscheidungsvorgaben, als das Ende der Angebotsfrist mit 25.05.2011 terminisiert war.

Die Angebotsöffnung fand am 25. Mai 2011 statt. Insgesamt sind sieben Angebote gelegt worden. Hinsichtlich der verlesenen Gesamtpreise liegt das Angebot der Antragstellerin preislich an erster Stelle. Auch hinsichtlich der verlesenen Teilpreise für Glaserarbeiten liegt das Angebot der Antragstellerin an erster Stelle.

Die Antragstellerin hat ihrem Angebot ein Begleitschreiben folgenden Inhalts beigelegt:

Wir danken für Ihre Anfrage bezüglich des oben genannten BV und erlauben uns Ihnen mitzuteilen, dass ein Pauschalpreisangebot lt. Ihrem LV nur unter Berücksichtigung der von uns nachstehenden Punkte unterbreitet werden kann.

[...].

3.6 Baubeginn — Bauende:

Terminvereinbarung und Montagebeginn sowie Baubezeitplan wird innerhalb von 14 Tagen nach Auftragsunterzeichnung nachgereicht.

2.4. Gültigkeit des Angebots

- *Alle in diesem Angebot angeführten Preise beziehen sich auf die Preisbasis vom 01-07-2010*

[...].

Am 7. Juni 2011 hat die Antragstellerin per E-Mail ein Aufklärungsersuchen zum Angebot samt Begleitschreiben erhalten. Dieses hatte folgenden Inhalt:

[...].

Frage 3 : Pkt 2.4 - Gültigkeit des Angebots, bezogen auf Preisbasis 1.7. 2010. Tatsl. gilt: 25.5.2011.

Das Aufklärungsersuchen wurde von der Antragstellerin am 8. Juni 2011 folgendermaßen beantwortet.

Ad 3.) Wir bestätigen die Preisbasis 25.05.2011.

Am 17. Juni 2011 hat die Antragstellerin per Fax die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erhalten. Diese lautete auf das Angebot der B***.

Mit Fax vom 21. Juni 2011 hat der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zurückgenommen.

Am 6. Juli 2011 hat die Antragstellerin per Fax die folgende Ausscheidensentscheidung erhalten.

Uns wurde Ihr mit 25.05.2011 datiertes Angebot zur vergaberechtlichen Prüfung übergeben. Nach eingehender Prüfung bedauern wir, Ihnen namens und auftrags unserer Auftraggeberin mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot hiermit ausgeschieden werden muss. Dies aus folgenden Gründen:

Pkt 3.5. der Verfahrensordnung sieht vor, dass der Auftragnehmer binnen sieben Tagen nach Auftragserteilung einen "erstellten Bauzeitplan sowie einen Sicherheits- und Gesundheitsplan ... vorzulegen und freigeben" lassen muss. In Ihrem Begleitschreiben vom 25.05.2011 gehen Sie demgegenüber davon aus, dass Sie die entsprechenden Unterlagen „innerhalb von 14 Tagen nach Auftragsunterzeichnung“ nachreichen können. Dies ist ausschreibungswidrig.

[...]

Das Begleitschreiben vom 25.05.2011 stellt auf die "Preisbasis vom 01-07-2010" ab. Dies widerspricht insofern den Ausschreibungsvorgaben, als das Ende der Angebotsfrist mit 25.05.2011 terminisiert war.

[...].

Bei den aufgezeigten Mängeln handelt es sich um unbehebbar Mängel. Hinzu kommt, dass Ihr Angebot beim Los 7 „Glaserarbeiten“ einen unangemessen niedrigen Preis ausweist. Ihr Angebot ist somit als ein ausschreibungswidriges Angebot (§ 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006) und als ein Angebot mit nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises (§ 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006) zu qualifizieren, das zwingend auszuschneiden ist.

Mit Bescheid vom 18.7.2011, GZ N/0067-BVA/09/2011-EV6, wurde dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Eine neue Zuschlagsentscheidung ist bis dato nicht ergangen. Das Verfahren wurde nicht widerrufen, der Zuschlag wurde nicht erteilt.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft mbH. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 17.2.2004, 08N-10/04-27; 27.3.2006, N/0008-BVA/08/2006-136).

Es handelt sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt nach den Angaben des Auftraggebers im Unterschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Die Ausscheidensentscheidung wurde der Antragstellerin am 6.7.2011 per Telefax bekannt gegeben, sodass der Nachprüfungsantrag vom 12. Juli 2011 als rechtzeitig iSd § 321 Abs 2 BVergG zu qualifizieren ist.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde der Zuschlag erteilt.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt I.

Die Zuschlagsentscheidung vom 17.6.2011 wurde vom Auftraggeber am 21.6.2011 zurückgenommen, eine neue Zuschlagsentscheidung wurde bis dato nicht bekannt gegeben. Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens ist somit allein die Beurteilung, ob das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgt ist.

Das Angebot der Antragstellerin wurde vom Auftraggeber einerseits wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises nach § 129 Abs 1 Z 3 BVergG, andererseits wegen diverser Ausschreibungswidrigkeiten (siehe im Detail Ausscheidensentscheidung vom 6.7.2011) nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG ausgeschieden. Nach Ansicht des Auftraggebers handelt sich bei den Mängeln um unbehebbar Mängel, die zwingend zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin zu führen hatten. Dies ist, wie im Folgenden dargelegt wird, jedenfalls in Bezug auf folgende Mängel zutreffend:

Vom Auftraggeber wurden in der Ausscheidensentscheidung unter anderem folgende Gründe herangezogen:

Punkt 7 der Ausscheidensentscheidung vom 6.7.2011:

Pkt 3.5. der Verfahrensordnung sieht vor, dass der Auftragnehmer binnen sieben Tagen nach Auftragserteilung einen "erstellten Bauzeitplan sowie einen Sicherheits- und Gesundheitsplan ... vorzulegen und freigeben" lassen muss. In Ihrem Begleitschreiben vom 25.05.2011 gehen Sie demgegenüber davon aus, dass Sie die entsprechenden Unterlagen „innerhalb von 14 Tagen nach Auftragsunterzeichnung“ nachreichen können. Dies ist ausschreibungswidrig.

Punkt 17 der Ausscheidensentscheidung vom 6.7.2011:

Das Begleitschreiben vom 25.05.2011 stellt auf die "Preisbasis vom 01-07-2010" ab. Dies widerspricht insofern den Ausschreibungsvorgaben, als das Ende der Angebotsfrist mit 25.05.2011 terminisiert war.

Die Behörde hat zu prüfen, ob die genannten Ausscheidensgründe vorliegen und die Ausscheidensentscheidung infolgedessen zu Recht ergangen ist.

Gemäß § 321 Abs 4 BVergG können Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages über die in den Abs 1 und 2 genannten Zeiträume hinaus bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmefrist, eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. [...].

Die Ausschreibung wurde innerhalb der in § 321 Abs 4 BVergG vorgesehenen Frist nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden (vgl VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 ua; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA//04/2007-36; BVA 21.4.2011, N/0020-BVA/09/2011-28 uva). Die Versäumung der Frist führt zur endgültigen Präklusion. Es ist der Nachprüfungsbehörde verwehrt, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen (hier der Ausschreibung) im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen (hier der Ausscheidensentscheidung), inzident in Prüfung zu ziehen (vgl *Pointner* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* § 321 Rz 9). Vergleiche auch EuGH vom 12.12.2002, Rs C-470/99 *Universale Bau*, wonach sämtliche Mängel des Vergabeverfahrens, auf die der Antrag gestützt wird, innerhalb der Ausschlussfrist gerügt werden müssen. Der EuGH erachtet eine Einschränkung der Präklusionswirkung für "grundlegende" (Wurzel-)Mängel nicht für geboten (vgl *Pointner* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* § 321 Rz 25). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich somit undifferenziert auf alle Rechtsverstöße.

Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die bestandsfeste Ausschreibung stellt die unabänderliche Grundlage für die Angebotsbewertung dar (vgl auch BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26 ua). Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung.

Die entscheidungsrelevanten Bestimmungen der Ausschreibung (Verfahrensordnung) lauten:

Punkt 4 der Verfahrensordnung:

[...]. Weiters, dass sämtliche Angaben in der vorliegenden Leistungsbeschreibung klar formuliert sind und auf deren Grundlage die Angebotspreisbildung durchgeführt werden kann. [...].

Der AN ist verpflichtet, Unklarheiten bereits in der Angebotsphase (Begleitschreiben) aufzuzeigen. Reklamationen nach Erteilung des Auftrages, sowie Preiserhöhungen aus dem Titel von unklaren Angaben werden nicht akzeptiert bzw berücksichtigt.

Der Bieter bestätigt mit der Abgabe/Unterfertigung des Angebotes, dass die Lieferungen und Leistungen vollständig beschrieben sind und keine Teilleistungen fehlen, die zur einwandfreien Erfüllung des Vertrages notwendig sind. Bestehen nach Ansicht des Bieters bei der Auslegung des Ausschreibungstextes mehrere Möglichkeiten bzw erscheint etwas unklar, so wird der Bieter vor Abgabe des Angebotes spätestens vor Vertragsabschluss, eine Klärung herbeiführen. Nach Vertragsabschluss gilt - entgegen ÖNORM - die Art der Auslegung, welche vom Auftraggeber vorgesehen war.[...].

Punkt 3.5, 3. Absatz der Verfahrensordnung:

Der Auftragnehmer hat binnen 7 Tagen nach Auftragserteilung einen erstellten Bauzeitplan sowie einen Sicherheits- und Gesundheitsplan (SiGe-Plan) gemäß BauKG vorzulegen und freigegeben zu lassen.

Die Ausschreibung (Einladung zur Angebotsabgabe, Seite 2) enthält folgende Festlegung:

Preisbasis: Datum der Angebotsabgabe.

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl *Rummel*, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die 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 der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, 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 maßgebend (vgl VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva.).

Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (vgl VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vgl auch *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, § 2 Z 3 Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes).

Dies gilt für sämtliche Willenserklärungen der Parteien und somit auch für das Angebot samt Begleitschreiben, allfällige Aufklärungersuchen des Auftraggebers sowie hiezu ergangene Antwortschreiben des Bieters (vgl VwGH 19.11.2008, 2007/04/00118; 25.1.2011, 2006/04/0200 u.a.).

Nach dem Gesagten ermöglicht Punkt 4 der Verfahrensordnung dem Bieter, Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung, die seiner subjektiven Einschätzung nach unklar sind, aufzuzeigen und einer Klärung zuzuführen. Dies etwa in Form eines Begleitschreibens zum Angebot, längstens jedoch bis zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Von dieser Regelung hat die Antragstellerin (in ihrem Begleitschreiben zum Angebot) auch umfangreich Gebrauch gemacht. Die iSd Punktes 4 der Verfahrensordnung einer Aufklärung zugänglichen Fragen müssen sich - wenngleich es sich dabei um aus der Sicht des Bieters unklare Punkte handelt - allerdings auch bei objektiver Betrachtung als Unklarheiten darstellen lassen. Dies ist jedoch nicht bei sämtlichen der von der Antragstellerin in ihrem Begleitschreiben angeführten Punkten der Fall. Ist eine Ausschreibungsregelung nach dem maßgeblichen objektiven Erklärungswert nämlich eindeutig, kann sich ein Bieter nicht auf die Regelung des Punktes 4 der Verfahrensordnung stützen. Die gegenteilige Auffassung würde ein "Zurechtrücken" der Ausschreibungsbestimmungen bedeuten und würde dem Bieter eine (verpönte) nachträgliche Abänderung seines Angebotes

einschließlich der Beseitigung von Ausschreibungswidrigkeiten ermöglichen (vgl auch § 101 Abs 4 BVergG).

1) Zu Punkt 3.5 der Verfahrensordnung:

Die Bestimmung des Punktes 3.5, 3. Absatz, der Verfahrensordnung musste nach dem unmissverständlichen - für die Interpretation maßgeblichen - objektiven Erklärungswert von einem durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt so verstanden werden, dass der Auftragnehmer innerhalb eines Zeitraumes von **7 Tagen** nach Auftragserteilung einen Bauzeitplan und einen SiGe-Plan vorzulegen und freigegeben zu lassen hat.

Für die Anwendung der Unklarheitenregelung des § 915 ABGB bleibt aufgrund der klaren und unmissverständlichen Formulierung dieser Bestimmung kein Raum. Dies sowohl hinsichtlich des Zeitraumes, innerhalb dessen der AN den Bauzeitplan und den SiGe-Plan vorzulegen hat (*...binnen 7 Tagen*), als auch in Bezug darauf, welche Unterlagen der AN innerhalb dieses Zeitraumes vorzulegen hat (*...einen Bauzeitplan und einen SiGe-Plan....*).

Die Antragstellerin bestreitet zwar nicht die Klarheit und Unmissverständlichkeit des 7-Tage-Zeitraumes zur Vorlage der betreffenden Unterlagen, jedoch die Klarheit des Begriffes "Bauzeitplan" (siehe VH-Schrift Seite 9). Die Antragstellerin bringt hiezu vor, dass der Begriff "Bauzeitplan" kein exakter Begriff sei und es sowohl Grobbauzeitpläne als auch sehr detaillierte Bauzeitpläne gebe.

Hiezu ist festzuhalten, dass einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt der Inhalt des Begriffes "Bauzeitplan" bekannt sein musste. Das Vorbringen der Antragstellerin, dass dieser Begriff kein exakter Begriff sein sollte, ist als bloße Schutzbehauptung anzusehen.

Ein Bauzeitplan ist eine graphische Darstellung für die an einem Bauprojekt notwendigen Arbeiten, welche diese zeitlich gliedert und somit dafür sorgen soll,

dass sich einzelne Arbeitsschritte nicht gegenseitig behindern und somit keine erheblichen Mehrkosten und folglich Zeitverzögerungen entstehen (vgl Wikipedia).

Es ist der Antragstellerin, als einer Kapitalgesellschaft, deren Geschäftsfelder unter anderem Brückenbau, Bühnentechnik, Stahl-Glas-Technik etc umfassen und die sich bereits wiederholt an öffentlichen Ausschreibungen beteiligt hat, zuzumuten und ist vorauszusetzen, dass sie den Inhalt der in ihrem ureigensten Tätigkeitsbereichen ständig verwendeten, gebräuchlichen Begriffe wie etwa "Bauzeitplan", kennt.

Sollte der Antragstellerin der Inhalt des Begriffes "Bauzeitplan" dessen ungeachtet tatsächlich unklar gewesen sein, hätte sie diesbezüglich eine Bieteranfrage stellen können bzw gemäß Punkt 4 der Verfahrensordnung (siehe oben) diese aus ihrer (subjektiven) Sicht angeblich bestehende "Unklarheit" des Begriffs "Bauzeitplan" im Begleitschreiben aufzuzeigen gehabt.

Dies hat die Antragstellerin jedoch nicht getan. Indem sie sich in weiterer Folge selbst des Begriffes "Bauzeitplan" bedient (siehe unten), ohne dessen Bedeutungsgehalt und Umfang auch nur in irgendeiner Weise in Frage zu stellen, bringt sie selbst um Ausdruck, dass sie in Wahrheit keinen Zweifel hinsichtlich der Auslegung des Begriffes "Bauzeitplan" hat.

Die Antragstellerin (Herr O***) hat schließlich in der mündlichen Verhandlung (VH-Schrift Seite 9) eingeräumt, dass *"die gewissenhafte Erstellung eines Zeitplanes einen bestimmten Zeitaufwand erfordere. [...] Dies könne in sieben, aber auch in vierzehn Tagen möglich sein"*. Auch nach Ansicht der Antragstellerin ist es somit möglich, gewissenhaft einen Bauzeitplan (und somit auch einen detaillierten Bauzeitplan) innerhalb von 7 Tagen ab Auftragserhalt zu erstellen. Auch diese Aussage der Antragstellerin zeugt davon, dass ihr sehr wohl bewusst ist, wovon die Rede ist, wenn von einem Bauzeitplan gesprochen wird.

Ein Begleitschreiben zu einem Angebot stellt grundsätzlich eine verbindliche Erklärung zum Angebot und insofern eine Einheit mit diesem dar. Vgl BVA 10.7.2009, N/0058-BVA/10/2009-25; 29.1.2010, N/0116-BVA/14/2009-39; *Fink/Hofer*

in *Heid/Preslmayr* (Hrsg); Handbuch Vergaberecht³ (2010), [Rz 1424]. Erklärungen im Begleitschreiben eines Angebotes sind somit zur Auslegung des Angebotes heranzuziehen.

Punkt 3.6 des Begleitschreibens der Antragstellerin vom 25.5.2011 lautet:

Terminvereinbarung und Montagebeginn sowie Bauzeitplan wird innerhalb von 14 Tagen nach Auftragsunterzeichnung nachgereicht.

Nach dem objektiven Erklärungswert des Punktes 3.6 ihres Begleitschreibens beabsichtigt die Antragstellerin, im Falle eines Auftragserhalts den Bauzeitplan innerhalb von 14 Tagen vorzulegen. Die Antragstellerin bringt somit klar und deutlich zum Ausdruck, dass sie den Bauzeitplan nicht - wie in der Ausschreibung verlangt - innerhalb von 7 Tagen, sondern erst innerhalb von 14 Tagen nach Auftragsunterzeichnung nachreichen werde.

§ 129 Abs 1 Z 7 BVergG lautet:

(1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung u.a. folgende Angebote auszuscheiden:

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

Punkt 3.6. des Begleitschreibens der Antragstellerin widerspricht somit Punkt 3.5 der Ausschreibung und macht ihr Angebot somit zu einem den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebot, welches vom Auftraggeber gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG zu Recht ausgeschieden wurde.

Dass der Auftraggeber diesen Punkt nicht aufklären ließ (vgl Aufklärungsersuchen vom 7.6.2011), ist nicht nur ohne Belang, sondern wurde vom Auftraggeber ein diesbezügliches Aufklärungsersuchen gebotener Weise und damit zu Recht unterlassen. Bei ausschreibungswidrigen Angeboten kommt nämlich eine "Aufklärung" von vornherein nicht in Betracht. Angebote, die den

Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, sind ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach § 126 BVergG auszuscheiden (vgl. *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 129, Rz 73).

Ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot ist somit keiner Verbesserung und Mängelbehebung zugänglich (vgl. *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 129, Rz 67; BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31, wonach es sich, wenn es sich bei einem festgestellten Mangel um einen unbehebaren Mangel handelt, eine Aufklärung nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten würde; vgl. *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 126, Rz 9). Derartige Angebote sind keiner Zurücknahme des Widerspruchs durch den Bieter zugänglich (vgl. *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 129, Rz 73).

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass der Auftraggeber durch seine Vorgangsweise des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin (erst) nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung eine rechtswidrige Zuschlagsentscheidung "decken" wollte, ist Folgendes festzuhalten: Zwar hat der Auftraggeber gemäß § 129 Abs 1 BVergG auszuscheidende Angebote grundsätzlich vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auszuscheiden. Das BVergG enthält jedoch keine explizite Vorgabe, zu welchem Zeitpunkt ein auszuscheidendes Angebot auszuscheiden, dh der Bieter von der Ausscheidung seines Angebotes zu verständigen ist (vgl. RV 1171BlgNr 22. GP 84). Der Auftraggeber ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht zur unverzüglichen Mitteilung des Ausscheidens verpflichtet (vgl. *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 129, Rz 154).

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes darf der Auftraggeber auszuscheidende Angebote zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens bis zu dessen Beendigung ausscheiden (vgl. VwGH 21.12.2004, 2002/04/0177). Dies auch nach einer bereits bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung (vgl. *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 129, Rz 155). Ein Ausscheiden ist somit in jedem Verfahrensstadium bis zur Zuschlagserteilung möglich. Im gegenständlichen Fall wurde die bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung vom Auftraggeber wieder

zurückgenommen, sodass die Ausscheidensentscheidung ohnedies vor der (bis dato jedoch nicht erfolgten neuerlichen) Zuschlagsentscheidung erfolgte.

2) Zur Preisbasis:

Die Ausschreibung (Einladung zur Angebotsabgabe) enthält folgende bestandsfeste Festlegung:

Preisbasis: Datum der Angebotsabgabe.

Punkt 2.4, erster Absatz, des Begleitschreibens der Antragstellerin zum Angebot lautet jedoch:

Alle in diesem Angebot angeführten Preise beziehen sich auf die Preisbasis vom 01-07-2010.

Der Auftraggeber hat diesen Punkt im "Aufklärungsersuchen" vom 7.6.2011 thematisiert und mitgeteilt, dass laut Ausschreibung als Preisbasis der 25.5.2011 heranzuziehen ist.

Die Antragstellerin hat in ihrem "Antwortschreiben" vom 8.6.2011 in Punkt 3 festgehalten:

Wir bestätigen die Preisbasis 25.05.2011.

Aus dem objektiven Erklärungswert der genannten Ausschreibungsbestimmung ergibt sich, dass als Preisbasis das Datum der Angebotsabgabe (Anm: der 25.5.2011) heranzuziehen ist. Ebenso ergibt sich aus dem (auch für die Auslegung von Angeboten maßgeblichen) objektiven Erklärungswert des Begleitschreibens der Antragstellerin, dass diese demgegenüber als Preisbasis den 1.7.2010 heran zu ziehen beabsichtigt.

Die Antragstellerin gesteht selbst zu, dass die Ausschreibungsbestimmung betreffend die heranzuziehende Preisbasis klar und unmissverständlich war und die Nennung der Preisbasis "1.7.2010" ihrerseits nicht auf eine allenfalls missverständliche oder unklare Ausschreibungsregelung zurück zu führen sei (vgl die diesbezüglichen Angaben des Antragstellervertreeters, RA M***, in der mündlichen Verhandlung; VH-Schrift Seite 12:*Die Ausführungen der Antragstellerin in Punkt 2.4 ihres Begleitschreiben würden auf einem Missverständnis der Antragstellerin beruhen. Das Missverständnis ergebe sich nicht konkret aus der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung*).

Grund des Missverständnisses seitens der Antragstellerin sei gewesen, dass dieselbe Leistung vom Auftraggeber bereits im Jahr 2010 erstmals ausgeschrieben worden sei. Nach den Angaben des K*** in der mündlichen Verhandlung stammt die erstmalige Ausschreibung allerdings vom Dezember 2010 (Anm: Und nicht etwa aus dem Juni oder Juli des Jahres 2010; siehe VH-Schrift Seite 12).

Für die Anwendung der Unklarheitenregelung des § 915 ABGB bzw des Punktes 4 der Verfahrensordnung der Ausschreibung bleibt aufgrund der Klarheit und Unmissverständlichkeit auch dieser Ausschreibungsbestimmung kein Raum.

Das Angebot der Antragstellerin widerspricht somit auch in diesem Punkt der Ausschreibung und erfolgte ein Ausscheiden ihres Angebotes gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auch im Hinblick darauf zu Recht.

Auch das Erkenntnis des VwGH vom 25.1.2011, 2006/04/0200, wonach *ein Bieter, der ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot legen möchte, dies klar zum Ausdruck bringen muss und die Vergabekontrollbehörde auch auf späteres, neues Vorbringen der Partei Bedacht zu nehmen hat, vermag zu keinem abweichenden Ergebnis zu führen:*

Die Antragstellerin hat im vorliegenden Fall durch ihr, einen Teil des Angebotes bildendes Begleitschreiben, nämlich klar zum Ausdruck gebracht, dass sie als Preisbasis den 1.7.2010 heranziehen wird. Die Maßgeblichkeit des objektiven

Erklärungswertes einer Willenserklärung gilt, wie bereits erwähnt, auch für die Auslegung der Willenserklärungen des Bieters (vgl. VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018). Die Behörde übersieht nicht, dass laut VwGH auch auf allfälliges späteres, neues Vorbringen der Partei Bedacht zu nehmen ist (*vgl.:spätestens durch ihr Aufklärungsschreibenklargestellt hat, dass....*). Im Unterschied zum Sachverhalt, der der zit. VwGH-Entscheidung zugrunde lag, ist aber die Nennung der Preisbasis "1.7.2010" durch die Antragstellerin nicht als "bloßer Hinweis" anzusehen, welcher nicht klar zum Ausdruck gebracht hätte, dass diese sich nicht an die Ausschreibungsfestlegung "Preisbasis Datum der Angebotsabgabe" halten hätte wollen, sondern vielmehr als klare und konkrete Bekundung, dass sie nicht das Datum der Angebotsabgabe, sondern den 1.7.2010 als Preisbasis zugrunde legen wird.

Anders als in dem dem oben zit. Erkenntnis des VwGH vom 25.1.2011, 2006/04/0200, zugrunde liegenden Fall (vgl. auch auf das darin verwiesene Erkenntnis 2004/04/0102), hat die Antragstellerin im Begleitschreiben gegenständlich explizit angeführt, dass als Preisbasis der 1.7.2010 gelten soll. Damit hat sie - anders als in den oben erwähnten VwGH-Erkenntnissen - klar und unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, dass sie ihrem Angebot nicht die in der Ausschreibung angeführte, sondern eine hievon abweichende Preisbasis zugrunde legt. Hierin ist, wie oben dargelegt, eine (weitere) Ausschreibungswidrigkeit ihres Angebotes gelegen.

Einer Aufklärung sind nur Unklarheiten zugänglich. Eine solche Unklarheit liegt gegenständlich aber gerade nicht vor. Im Falle eines objektiv klaren Erklärungswertes (hier zu der von der Antragstellerin beabsichtigten Heranziehung einer bestimmten Preisbasis) ist keine Aufklärung durchzuführen.

Eine "Klarstellung" nach Angebotsabgabe kommt nicht in Betracht. Eine solche würde zu einer Änderung des Angebotes nach Angebotsöffnung führen, welche in einem offenen Verfahren jedenfalls unzulässig ist. Ausschreibungswidrige Angebote sind ohne Aufklärung bzw. Mängelbehebungsversuch auszuscheiden (siehe oben). Die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, dass ein Bieter auch noch im Stadium

nach Angebotsöffnung die Möglichkeit hätte, unbehebbar Mängel zu beseitigen und so ein ausschreibungswidriges Angebot zu einem zuschlagsfähigen Angebot zu machen. Die nachträgliche "Zurücknahme" der Preisbasis "1.7.2010" durch die Antragstellerin im Antwortschreiben zum Aufklärungersuchen ist nach dem Gesagten unbeachtlich.

Das Angebot der Antragstellerin war daher auch im Hinblick darauf auszuschneiden.

Wenn die Antragstellerin von einem rechtsmißrätlichen Ausschneiden ihres Angebotes ausgeht, da dieses erst nach der (später wieder zurückgenommenen) Zuschlagsentscheidung erfolgt ist, ist dem entgegen zu halten, dass es nicht in der Disposition des Auftraggebers steht, vom Ausschneiden nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Vielmehr sind Angebote in Hinblick auf das Gebot der Bietergleichbehandlung zwingend auszuschneiden, wenn die entsprechenden Voraussetzungen hierfür vorliegen.

Auf die übrigen vom Auftraggeber relevierten Ausschneidensgründe war nicht mehr einzugehen.

Die beiden behandelten Ausschneidensgründe - welche beide unter den Tatbestand der Ausschreibungswidrigkeit des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG zu subsumieren sind - hat der Auftraggeber auch in seinem Ausschneidungsschreiben angeführt. Die Ausschneidensgründe wurden somit nicht von Amts wegen aufgegriffen, womit der Antragstellerin seitens des Bundesvergabebeamten - e contrario VwGH 12.5.2011, 2007/04/0012 - auch keine zehntägige Frist zur Stellungnahme zu gewähren war. Die beiden herangezogenen Ausschneidensgründe waren auch Inhalt der mündlichen Verhandlung vom 9.8.2011, sodass dem Bieter iSd der Entscheidung des EuGH (Hackermüller) auch Gelegenheit gegeben wurde, hierzu kontradiktorisch Stellung zu nehmen.

Weiters vermeint die Antragstellerin eine weitere - nicht präkludierbare - Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens darin zu erkennen, dass die Leistungsgruppe 7 (Glas) parallel ein weiteres Mal ausgeschrieben wurde. Dies

könne ihrer Ansicht nach nicht präkludieren, da die Bieter davon keine Kenntnis gehabt hätten. Hiezu ist anzumerken, dass Punkt 2.4 der Verfahrensordnung der Ausschreibung vorsieht, dass sich der Auftraggeber eventuell eine getrennte Vergabe der LG 7 (Glas) vorbehält. Aus Punkt 2.14 der Verfahrensordnung ergibt sich, dass Teilangebote für das Kapitel Glas erwünscht sind. Auch wenn der Vorbehalt einer Teilvergabe grundsätzlich dem BVergG widerspricht (§ 22 Abs 2 BVergG), ist somit nicht davon auszugehen, dass die Bieter von einer eventuell getrennten Vergabe nichts gewusst hätten. Diese Bestimmung ist sohin mangels Anfechtung der Ausschreibung - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - bestandskräftig geworden.

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 BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Da – wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 12.7.2011 abgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezieht, abzuweisen.

Ebenso ist der Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 12.7.2011 bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 18.7.2011, N/0067-BVA/09/2011-EV6, stattgeben, der Nachprüfungsantrag wurde jedoch gemäß § 320 Abs. 1 leg. cit. unter Spruchpunkt I abgewiesen.

Wien, am 23. August 2011

Der Vorsitzende des Senats 9:

Mag. Gerhard Prünster