

Entscheidende Behörde

Bundesvergabeamt

Entscheidungsdatum

09.11.1998

Geschäftszahl

F-10/98-36

Text

BESCHEID:

Der Senat 4 des Bundesvergabeamtes hat am 9. November 1998 unter dem Vorsitz von Dr. Ernst Reitermaier und den Beisitzern Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl und Dr. Günter Tschepl wie folgt entschieden:

Spruch:

I. Der Antrag der XXX Gesellschaft.m.b.H. & Co, vertreten durch ***, vom 7. April 1998 auf Feststellung gemäß § 13 Abs. 3 BVergG betreffend das offene Verfahren zur Errichtung von Heizungs-, Lüftungs-, Sanitärinstallations- und Klimatisierungsanlagen für die Flughafen Linz Ges.m.b.H. im Rahmen des Gesamtwerkes "Optimierung und Erweiterung des Passagierterminals" des Flughafens Linz Hörsching, durch die Flughafen Linz Gesellschaft m.b.H., Flughafenstraße 1, 4063 Hörschnig, vertreten ***, wird als unzulässig zurückgewiesen.

II. Der Antrag der Flughafen Linz Gesellschaft m.b.H. vom 20. Juli 1998 auf Feststellung gemäß § 113 Abs. 3 letzter Satz BVergG, die Antragstellerin hätte auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt, wird als unzulässig zurückgewiesen.

III. Die Anträge der XXX Gesellschaft.m.b.H. & Co vom 21. Juli 1998, 5. August 1998 und vom 28. September 1998 und vom 28. September 1998 auf Gewährung von Akteneinsicht, werden wegen Unerheblichkeit insofern zurückgewiesen, als sie über das bereits gewährte Ausmaß an Akteneinsicht hinausgehen.

IV. Die Anträge der Firma XXX Gesellschaft.m.b.H. & Co vom 21. Juli 1998, auf Einvernahme von *** und *** zum Beweis dafür, daß die Alternativangebote aufgewiesen hätten, die Zuschlagserteilung nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprochen habe hätten, die Zuschlagserteilung nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprochen habe und der Zuschlag erteilt worden sei, obwohl der Leistungsumfang noch nicht endgültig festgestanden habe und die ÖNORM A 2050 nicht eingehalten worden sei, wird wegen Unerheblichkeit zurückgewiesen.

V. Der Antrag der Flughafen Linz Gesellschaft m.b.H. vom 6. Oktober 1998 auf Einsicht in den dem Nachprüfungsverfahren zugrundeliegenden Antrag sowie auf Vorlage des Aktes S-93/98 der Bundesvergabekontrollkommission zum Beweis dafür, daß der ursprüngliche Antrag bei der Bundesvergabekontrollkommission eingebracht und von dieser nicht an das Bundesvergabeamt weitergeleitet wurde, wird wegen Unerheblichkeit zurückgewiesen.

VI. Der Antrag gemäß § 52 AVG der Firma XXX Gesellschaft.m.b.H. & Co vom 6. Oktober 1998 auf Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Bereich der Heizungs-, Lüftungs-, und Klimatechnik zum Beweis dafür, daß die zugeschlagenen Alternativangebote der Mitbieterin, insbesondere die Alternativangebote 04, 08, 13 und 15, nicht mit der ausgeschriebenen Leistung gleichwertig seien, wird wegen Unerheblichkeit zurückgewiesen.

VII. Der Antrag der Flughafen Linz Gesellschaft m.b.H. vom 6. Oktober 1998, im Zusammenhang mit ihrem Antrag gemäß § 113 Abs. 3 letzter Satz BVergG zum Beweis dafür, daß die Antragstellerin keinesfalls den Zuschlag erhalten hätte, einen Sachverständigen zu bestellen, wird wegen Unerheblichkeit zurückgewiesen.

VIII. Der Antrag der Flughafen Linz Gesellschaft m.b.H. vom 13. Oktober 1998, einen Sachverständigen zu ihrem Vorbringen unter Punkt IV ihres Schriftsatzes vom 16. Juli 1998 beizuziehen, wird wegen Unerheblichkeit zurückgewiesen.

IX. Der Antrag der YYY GmbH, ***, vertreten durch ***, vom 5. November 1998 auf Akteneinsicht wird wegen Unerheblichkeit zurückgewiesen.

Begründung:

1. Parteinvorbringen

In ihrer "Mitteilung und Vorlage" vom 27. April 1998 verwies die Antragstellerin auf ihren Antrag gemäß §§ 113 und 115 BVergG vom 7. April 1998, welcher am 9. April bei der Einlaufstelle des Bundesvergabeamtes eingelangt sei, im Briefkopf jedoch irrtümlicherweise die Bezeichnung "Bundes-Vergabekontrollkommission" aufgewiesen habe, in welchem jedoch ausdrücklich eine Entscheidung des Bundesvergabeamtes begehrt werde. Die Antragstellerin wies weiters auf die ständige Rechtsprechung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts hin, wonach eine solche Falschadressierung nicht schade, wenn beide Behörden - wie dies bei Bundesvergabeamt und Bundes-Vergabekontrollkommission der Fall sei - dieselbe Einbringungsstelle hätten, dies abgesehen davon, daß eine Weiterleitung nicht erforderlich gewesen sei, da der Antrag ohnehin richtig eingebracht sei.

Im neuerlich eingebrachten Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 115 BVergG brachte die Antragstellerin wie folgt vor:

Sie sei mit Schreiben vom 13. November 1997 eingeladen worden, sich am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen, wobei der Auftragswert des gegenständlichen Loses ATS 18.000.000,- betrage, der geschätzte Auftragswert des Gesamtwerkes mehr als ATS 300.000.000,-.

Laut Ausschreibungsunterlagen hätten allfällige Alternativangebote gesondert ausgepreist werden müssen, die Nachreichung von Datenträgern sei unzulässig gewesen, dies habe auch für Alternativangebote gegolten.

Die Antragstellerin habe sich mit einem formgerecht gelegten Angebot vom 21. November 1997 am Vergabeverfahren beteiligt, mit einem Preis von ATS 19.848.000,- sei ihr Angebot bei der Angebotseröffnung am 7. Jänner 1998 das günstigste der gültigen Angebote gewesen. Die mitbietende Firma YYY Gesellschaft m.b.H. (in der Folge "Mitbieterin") sei mit ihrem Preis von ATS 21.594.025,- deutlich über jenem der Antragstellerin gelegen.

Die Vielzahl von 15 Alternativangeboten der Mitbieterin stehe im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen sowie zu den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes. Den Alternativangeboten seien entgegen den Bestimmungen des Ausschreibungstextes keine Datenträger beigegeben gewesen, damit hätten sie einer wesentlichen Ausschreibungsbestimmung nicht entsprochen, sodaß sie von vornherein auszuschneiden gewesen seien.

Indem sich die Mitbieterin bei einem Teil der Alternativangebote "freie Fabrikatswahl" ausbedungen habe, habe sie die Möglichkeit, ohne Einflußnahme des Auftraggebers frei entscheiden zu können, welches Fabrikat sie wähle. Laut Ausschreibungsunterlagen sei als Mindestanforderung für Alternativangebote vorgesehen, daß diese auszupreisen seien und alle zum Vergleich von Qualität und Ausführung erforderlichen Unterlagen beizulegen seien, dies schließe eine "freie Fabrikatswahl" des Bieters aus, da der Bieter bereits im Angebot die genauen technischen Daten der Fabrikate anzugeben habe. Ebenso seien die Angebote mit "freier Fabrikatswahl" als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend gemäß § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG auszuschneiden.

Am 2. März 1998 sei der Antragstellerin vom Auftraggeber mitgeteilt worden, daß die Auftragsvergabe an die Mitbieterin zu einem Preis knapp unter dem des Angebots der Antragstellerin erfolgen solle. Einem Schreiben des Auftraggebers vom 11. März 1998, welches der Verständigung der Bundes-Vergabekontrollkommission beigegeben gewesen sei, sowie einem ebenfalls beigegebenen Schreiben des technischen Büros Ing. ***, des vom Auftraggeber mit der Durchführung betrauten Planers, vom 26. Februar 1998, sei zu entnehmen, daß die Zuschlagserteilung durch Annahme von Alternativangeboten erfolgt sei, welche zu einem Minderpreis von insgesamt ATS 1.900.135,- führten, sodaß sich eine Gesamtauftragssumme von ATS 19.693.890,- ergebe. Dieser Betrag liege am ATS 154.110,- - somit 0,78% - unter dem Angebot der Antragstellerin.

Indem sie eine so große Anzahl von Alternativangeboten lege, erreiche die Mitbieterin unter rechtsmißbräuchlicher Berufung auf § 51 Abs. 2 BVergG Nachverhandlungen, wobei sie zu diesem Zeitpunkt bereits die Höhe der Angebote der anderen Bieter kenne. Durch die freie Fabrikatswahl sei der Vertragsgegenstand im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung noch nicht festgelegt und damit die Schranke des § 51 Abs. 1 BVergG überschritten. Werde im Rahmen von Alternativangeboten der wesentlichen Vertragsinhalt erst im Rahmen von Nachverhandlungen festgelegt, widerspreche dies dem Grundsatz des § 16 Abs. 1 BVergG.

Hiedurch sei der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe von ATS 7.839.240,- entstanden.

Indem die Antragstellerin am 2. März 1998 vom Zuschlag an die Mitbieterin erfahren habe, sei die Frist des § 115 Abs. 4 BVergG gewahrt.

Bezüglich des im Briefkopf an die Bundes-Vergabekontrollkommission gerichteten Antrages auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens vom 7. April 1998 brachte die Antragstellerin am 5. Mai 1998 - unter Beibehaltung ihres Standpunktes bezüglich einer rechtzeitigen Einbringung - einen Antrag auf Wiedereinsetzung ein und führte begründend aus, die Falschadressierung beruhe auf einem entschuldbaren Versehen einer Angestellten des ausgewiesenen Rechtsanwaltes.

Mit Bescheid vom 25. Mai 1998 wies der Senat 1 des Bundesvergabeamtes den Antrag auf Wiedereinsetzung vom 4. Mai 1998 als gegenstandslos zurück, da das Anbringen dem geschäftsführenden Senat des Bundesvergabeamtes zur Kenntnis übermittelt worden und daher aufgrund der gemeinsamen Einlaufstellen von Bundes-Vergabekontrollkommission und Bundesvergabeamt als rechtzeitig eingelangt anzusehen sei.

In seiner Stellungnahme vom 20. Juli 1998 brachte der Auftraggeber vor, der falsch adressierte Antrag der Antragstellerin sei aufgrund der fehlenden Behördenqualität der Bundes-Vergabekontrollkommission, welche das AVG nicht anzuwenden habe, von dieser nicht weitergeleitet worden. Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bezüglich gemeinsamer Einlaufstellen beziehe sich ausschließlich auf Behörden. Diese hätten im Falle ihrer Unzuständigkeit gemäß § 6 AVG die Verpflichtung, das Anbringen an die zuständige Behörde weiterzuleiten. Die Rechtzeitigkeit werde bei Vorliegen gemeinsamer Einlaufstellen vom Verwaltungsgerichtshof ausschließlich aufgrund des Umstandes unterstellt, daß kein Postlauf zwischen zwei Einbringungsstellen erforderlich sei, sei jedoch eine Institution wie die Bundes-Vergabekontrollkommission nicht zur Weiterleitung des Anbringens verpflichtet, könne eine Rechtzeitigkeit der Antragstellung nach der Judikatur nicht fingiert werden. Die Bundes-Vergabekontrollkommission sei keine Behörde und daher nicht zur Weiterleitung von Anbringen verpflichtet und habe das gegenständliche Anbringen auch nicht weitergeleitet. Somit sei das Erkenntnis VwSlg 9181 A nicht einschlägig, VwSlg 9181 A bringe zum Ausdruck, daß bei Behörden mit gemeinsamen Einlaufstellen die Rechtzeitigkeit deshalb angenommen werde, da die Weiterleitung an die zuständige Behörde, welche auf Risiko des Antragstellers erfolge, in diesem Fall ohne Postweg und somit ohne Verspätungsrisiko erfolge.

Daher sei der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nicht fristwährend eingebracht.

Der Antrag der Antragstellerin vom 4. Mai 1998 sei jedoch gemäß § 115 Abs. 4 BVergG als verspätet anzusehen, da der gleichzeitig eingebrachte Antrag auf Wiedereinsetzung als unzulässig zurückgewiesen worden sei.

Inhaltlich bestreitet der Auftraggeber das Vorbringen der Antragstellerin, wonach gemäß den Ausschreibungsunterlagen Alternativangebote ohne Beischluß eines Datenträgers auszuschließen gewesen seien.

Weder den Ausschreibungsunterlagen noch dem Bundesvergabegesetz sei zu entnehmen, daß die Anzahl der Alternativangebote begrenzt sei. Es treffe nicht zu, daß die Mitbieterin sich eine freie Fabrikatswahl ausbedungen habe, vielmehr habe sie ihre angebotenen Fabrikate sowie Typen einwandfrei deklariert. Die freie Fabrikatswahl sei von der Mitbieterin lediglich in einem Begleitschreiben angeboten worden, wobei hierfür ein dreiprozentiger Nachlaß angeboten worden sei. Es bestehe kein Zusammenhang zwischen den Alternativangeboten der Mitbieterin sowie der zusätzlich angebotenen freien Fabrikatswahl. Die freie Fabrikatswahl sei an genau definierte Standards gebunden und hänge von der Zustimmung des Auftraggebers ab.

Die Antragstellerin sei mit Schreiben vom 26. Februar 1998 sowie im persönlichen Gespräch vom 2. März 1998 vom Zuschlag an die Mitbieterin informiert worden.

Die Überprüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten sei auch ohne ADV-Ausdruck und ohne Angebotsdatenträger möglich, für das gegenständliche Gewerk seien Datenträger lediglich für das Hauptangebot, Nachtragsangebote, Teilrechnungen und Schlußrechnungen verlangt gewesen, nicht jedoch für Alternativangebote.

Soweit sich die Antragstellerin darauf berufe, daß Angebote gemäß § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG auszuschließen seien, sei festzuhalten, daß diese Bestimmung gemäß § 84 Abs. 1 BVergG auf den Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht anzuwenden sei. Sämtliche Alternativangebote der Mitbieterin seien auf ihre Gleichwertigkeit überprüft worden, einige mangels Gleichwertigkeit nicht angenommen worden, andere dagegen schon. Insgesamt habe sich dabei ein Minderpreis von ATS 1.900.135,- und somit der niedrigste angebotene Preis ergeben. Die Preisdifferenz von ATS 154.110,- sei sehr wohl relevant, wobei der von der Mitbieterin gewährte Rabatt noch nicht berücksichtigt sei.

Die Mitbieterin habe sämtliche Alternativangebote mit dem Hauptangebot eingereicht und bezüglich der Fabrikate, Typen und Stückzahlen eindeutig deklariert. Weiters seien die Einheitspreise sämtlicher Alternativpositionen sowie die daraus resultierende neue Angebotssumme offengelegt worden, diese Summen seien im Zuge der Angebotsöffnung verlesen und protokolliert worden. Eine freie Fabrikatswahl der Mitbieterin sei nicht gegeben, diese sei nach den Vergabebedingungen gezwungen, ausschließlich Produkte einzusetzen, die den standardisierten Vorgaben entsprächen, dem Auftraggeber sei ein Zustimmungsrecht eingeräumt.

Im Zuge der Angebotsprüfung seien von der Mitbieterin schriftlich weitere technische Unterlagen über die von ihr angebotenen Fabrikate und Typen angefordert worden, um die Gleichwertigkeit überprüfen zu können. Dies entspreche der ÖNORM A 2050 Abschnitt

4.3.5.1. Mündliche oder persönliche Aufklärungsgespräche und Auskünfte oder Erörterungen habe es im Zuge der Angebotsprüfung nicht gegeben.

Der Auftraggeber stelle den Antrag gemäß § 113 Abs. 3 letzter Satz BVergG und führe begründend aus, daß sämtliche von der Antragstellerin behaupteten Verstöße jedenfalls ohne Einfluß auf die Zuschlagserteilung an die Mitbieterin gewesen seien. Auch bei einem Verhalten des Auftraggebers, so wie es die Antragstellerin

gefordert hätte, wäre der Zuschlag keinesfalls der Antragstellerin zu erteilen gewesen. Selbst ohne die Möglichkeit der "freien Fabrikatswahl" sei der Mitbieterin angesichts der Preisdifferenz zum Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen gewesen. Der Vertreter der Antragstellerin beantragte in der mündlichen Verhandlung vom 21. Juli 1998 Akteneinsicht und Bekanntgabe, in welche Akten nicht eingesehen werden dürfe.

Am 5. August 1998 stellte die Antragstellerin in einem Schriftsatz "Beweisanträge und den Antrag auf Gewährung der Akteneinsicht" und führte weiters aus, der Zuschlag sei mit 26. 2. 1998 nicht erfolgt, da im Schreiben des Technischen büros *** vom 26. 2. 1998 mit dem der Mitbieterin der Zuschlag erteilt worden sei, der Auftraggeber das Angebot einer freien Fabrikatswahl angenommen, sich jedoch eine "Beurteilung der ins Auge gefaßten Fabrikate" vorbehalten habe. Die für einen späteren Zeitpunkt vorbehaltene Prüfung und Entscheidung über die Auswahl der Fabrikate sollte so erfolgen, daß schlußendlich Fabrikate der Firma *** eingebaut werden sollten, dies zu einem höheren als dem ursprünglichen Preis. Nachdem der Antragstellerin am 14. September 1998 hinsichtlich der Angebotsprüfung (ohne Produktbezeichnung), des Angebotsprotokolls, der Beilagen 03 und 05 zum Angebotseröffnungsprotokoll und des Preisnachlasses der Mitbieterin Akteneinsicht gewährt worden war, stellte sie am 28. September 1998 erneut einen Antrag auf Gewährung der Akteneinsicht bezüglich der Korrespondenz betreffend die Gleichwertigkeit der Alternativangebote, da es hinsichtlich dieser zu zahlreichen "Nachreichungen" gekommen sei. Eine Nachbesserung der Alternativangebote stehe in Widerspruch zu § 16 BVergG. Fraglich sei ebenfalls die Gleichwertigkeit der Alternativangebote der Mitbieterin. Weiters führte die Antragstellerin zahlreiche Unklarheiten des Angebotsprüfberichts hinsichtlich der Bewertung der Alternativen an. Daher sei die Einsicht in die Angebotsunterlagen hinsichtlich der von der Mitbieterin angebotenen Fabrikate erforderlich, um beurteilen zu können, ob die Nachreichungen zulässig und die Gleichwertigkeit der alternativangebotenen Leistungen mit den ausgeschriebenen gegeben gewesen sei. Hiebei lägen keine von § 17 Abs. 3 AVG geschützten berechtigten Geheimhaltungsinteressen vor, eine Nichtgewährung der Akteneinsicht verletze den Grundsatz des Parteienghörs nach §§ 37 und 45 Abs. 3 AVG. Bei Einsicht in die Alternativangebote der Mitbieterin sei es der Antragstellerin möglich zu beweisen, daß diese Alternativangebote nicht gleichwertig seien. Die Akteneinsicht betreffe lediglich die Angabe der den Minderpreisen zugrundeliegenden Alternativangebote und nicht diesen zugrundeliegende Detailkalkulationen und Einzelpreise. Aus den Materialien zum Bundesvergabegesetz 1993 gehe hervor, daß § 17 Abs. 3 AVG lediglich aus datenschutzrechtlichen Gründen, welche hier nicht vorlägen, zur Pflicht gemacht werde. Eine Verweigerung der Akteneinsicht widerspreche dem Zweck des Vergabeverfahrens, da dadurch eine objektive Nachprüfung der Vergabeentscheidung verunmöglicht werde. Eine Bescheidbegründung habe auf jede strittige Sach- und Rechtsfrage von Relevanz einzugehen, somit insbesondere auf die Gleichwertigkeit der Alternativangebote. Ebenfalls die Bestimmungen des § 16 Abs. 1 BVergG sowie des aufgrund § 16 BVergG auch im Sektorenbereich anwendbaren § 51 Abs. 3 BVergG sowie wettbewerbsrechtliche Überlegungen sprächen für die Zulässigkeit der den Alternativangeboten zugrundeliegenden Angaben. Deshalb stellte die Antragstellerin den Antrag auf Einsicht in sämtliche im Akt befindliche Unterlagen und Teile von Unterlagen, die Angaben hinsichtlich Fabrikat, Type und Leistungsumfang der den Alternativangeboten zugrundeliegenden Geräte und Leistungen enthalten, sowie in die im Bericht über die Angebotsprüfung zitierten Schreiben vom 19. Jänner 1998 und die Übermittlung vom 28. Jänner 1998.

In der mündlichen Verhandlung vom 6. Oktober 1998 sprach sich der Auftraggeber gegen die Gewährung der Akteneinsicht aus, wobei er auf die Bestimmung des § 50 Abs. 3 BVergG verwies, die auch zur Auslegung des § 17 Abs. 3 AVG heranzuziehen sei.

Der Auftraggeber stellte den Antrag auf Einsicht in den dem Nachprüfungsverfahren zugrundeliegenden Antrag sowie auf Vorlage des Aktes S-93/98 zum Beweis dafür, daß der ursprüngliche Antrag bei der Bundesvergabekontrollkommission eingebracht und von dieser nicht an das Bundesvergabeamt weitergeleitet worden sei. Die Antragstellerin erhob ein vorgelegtes Schriftstück zu ihrem mündlichen Vorbringen, aus welchem folgendes hervorgeht:

Die Alternativangebote 01, 02, 04, 06, 08, 10, 13, 14 und 15 der Mitbieterin seien unvollständig und daher auszuschneiden gewesen. Der Zuschlag sei weiters lediglich zu einem Teil des Alternativangebotes 13 erfolgt, da die Angebotsprüfung ergeben habe, daß dieses Angebot hinsichtlich der Luftbehandlungsgeräte der Ausschreibung widerspreche, nicht gleichwertig sei und somit "in diesem Bereich nicht angenommen werden kann". Ein Heraustrennen einzelner Positionen aus einem Alternativangebot sei unzulässig, ein einseitig vom Auftraggeber abgeändertes Angebot komme einem neuen Angebot des Auftraggebers selbst gleich. Das Alternativangebot 15 sei nicht gleichwertig, da der in der Ausschreibung geforderte Bedienungskomfort nicht gegeben sei, weil die Bedien- und Überwachungselemente der DDZ-Ein- und Ausgabemodule nicht in der Schaltschrankfront eingebaut würden sondern auf den Modulen selbst verblieben. Das Alternativangebot 08 sei ebenfalls nicht gleichwertig, da die vergebende Stelle Bedenken bezüglich gestalterischer Belange geäußert und eine Beurteilung durch den Architekten für notwendig erachtet habe. Die Gleichwertigkeit habe bei der Angebotsprüfung nicht festgestellt werden können. Ebenfalls liege die Gleichwertigkeit des Alternativangebotes 04 nicht vor, da entgegen der vom Auftraggeber verlangten automatischen Anlage zur Entsorgung des Fettes aus dem Fettabscheider eine Ausführung angeboten worden sei, deren Bedienung manuell erfolge und die weiters spezielle Voraussetzungen an die Entsorgungsfahrzeuge stelle. Diese Ausführung führe, davon abgesehen, daß sie nicht gleichwertig wäre, zu höheren Manipulationskosten sodaß das Angebot nicht das technisch und

wirtschaftlich günstigste sei. Die Antragstellerin stellte daher gemäß § 52 AVG den Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Bereich der Heizungs-, Lüftungs-, und Klimatechnik zum Beweis dafür, daß die zugeschlagenen Alternativangebote der Mitbieterin, insbesondere die Alternativangebote 04, 08, 13 und 15, nicht mit der ausgeschriebenen Leistung gleichwertig seien.

Der Auftraggeber stellte im Zusammenhang mit seinem Antrag gemäß § 113 Abs. 3 letzter Satz BVerG den Antrag auf Bestellung eines Sachverständigen zum Beweis dafür, daß die Antragstellerin keinesfalls den Zuschlag erhalten hätte.

Am 13. Oktober 1998 stellte der Auftraggeber den Antrag, einen Sachverständigen zu seinem Vorbringen unter Punkt IV seines Schriftsatzes vom 16. 7. 1998 beizuziehen. Unter diesem Punkt begründet der Auftraggeber seinen Antrag auf Feststellung gemäß § 113 Abs. 3 letzter Satz BVerG damit, daß die von der Antragstellerin behaupteten Rechtsverstöße ohne Einfluß auf die Zuschlagserteilung gewesen seien, der Antragstellerin auch dann der Zuschlag nicht zu erteilen gewesen wäre, wenn der Auftraggeber das von der Antragstellerin gewünschte Verhalten gesetzt hätte und daß auch bei Ausscheiden der von der Antragstellerin gerügten "freien Fabrikatswahl" aufgrund der Preisdifferenz zwischen Antragstellerin und Mitbieterin der Zuschlag letzterer zu erteilen gewesen wäre.

2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Im Rahmen des Gesamtvorhabens "Optimierung und Erweiterung Passagierterminal, 1. Bauabschnitt" schrieb die Flughafen Linz GesmbH mittels Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, abgesandt am 11. November 1997, "Heizungs-, Lüftungs-, Sanitärinstallationsarbeiten und Klimatisierung" aus.

Der geschätzte Auftragswert dieses Loses belief sich laut Bekanntmachung im Supplement auf ATS 18 Millionen, jener des Gesamtvorhabens laut Vorinformation im Supplement auf ATS 110 Millionen.

Die Antragstellerin legte ein Angebot mit einer Gesamtsumme ohne USt in der Höhe von ASTS 19.848.400,40. Laut Angebotsprüfung wies dieses einen Rechenfehler in der Höhe von 0,36% auf, sodaß der rechnerisch geprüfte Gesamtangebotspreis ohne USt ATS 19.920.608,83 betrug.

Das Angebot der Mitbieterin lautete auf ATS 21.594.025,- ohne USt und enthielt laut Angebotsprüfung keinen Rechenfehler. Weiters legte die Mitbieterin 15 Alternativangebote bezüglich einzelner Teile ihres Angebotes, welche durchwegs billiger waren als das Hauptangebot. Dem Angebot der Mitbieterin lag ein Begleitschreiben, datiert mit 7. Jänner 1998, bei, in dem die Mitbieterin dem Auftraggeber "bei freier Fabrikatswahl mit gleichwertiger Qualität, in Abstimmung und im Einvernehmen mit Ihnen" einen Nachlaß von drei Prozent gewährte.

Laut Angebotsprüfung des Technischen Büros ***, datiert mit 5. Feber 1998, ergab sich bei diesem Angebot durch die Berücksichtigung der Alternativangebote 01, 02, 04, 06, 08, 10, 13, 14 und 15 ein Minderpreis von ATS 1.900.135,-, sodaß die neue Angebotssumme ATS 19.693.890,- betrug. Abzüglich des dreiprozentigen Nachlasses belief sich die Angebotssumme somit auf ATS 19.103.073,30. Die Vergabesumme betrug laut Angebotsprüfung für den Bereich Neubau ATS 15.918.317,-, beziehungsweise ATS 15.440.767,49 unter Berücksichtigung des Nachlasses von 3%, für den Bereich Instandhaltung ATS 3.036.323,-, beziehungsweise ATS 2.945.233,31 unter Berücksichtigung des Nachlasses von 3%, für den Bereich Wartung ATS 739.250,-, beziehungsweise ATS 717.072,50 unter Berücksichtigung des Nachlasses von 3%.

Da die Wartung erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist vergeben werden sollte, ergab sich somit eine Vergabesumme von ATS 18.386.000,80.

Am 26. Feber 1998 erging seitens des Technischen Büros *** ein Schreiben an die Mitbieterin, in welchem dieser mitgeteilt wurde, daß "für den Vertragsabschluß zur Lieferung und Montage der oben genannten Leistungen (Heizung, Lüftung Klimatisierung, Sanitärinstallationen)" am 4. März 1998 ein Gespräch in den Räumlichkeiten des Auftraggebers stattfindet. Weiters wurde der Mitbieterin mitgeteilt, daß ihre Alternativen 01, 02, 04, 06, 08, 10, 13, 14 und 15 mit einem "Minderpreis insgesamt" von ATS 1.900.135,- angenommen worden seien. Die Alternativangebote 03, 05, 07, 09, 11, und 12 sowie die in Alternativangebot 13 enthaltenen raumweisen Luftbehandlungsgeräte könnten aufgrund von Überschneidung mit anderen Alternativangeboten und zu geringem Minderpreis beziehungsweise nicht entsprechender technischer Erfordernisse nicht angenommen werden. Schlußendlich wurde der dreiprozentige Nachlaß für die freie Fabrikatswahl angenommen, die von der Mitbieterin ins Auge gefaßten Produkte seien zwecks einer Beurteilung seitens des Auftraggebers aufzulisten.

In einem Schreiben der Generalplanung ARGE ***, ebenfalls vom 26. Feber 1998, wurde den anderen Bietern "im Namen und Auftrag des Bauherren" mitgeteilt, daß die gegenständliche Leistung an die Firma YYY vergeben worden sei.

Im Protokoll der Besprechung vom 6. April 1998 zwischen Vertretern des Auftraggebers und der Mitbieterin (OZ 33) ist festgehalten:

"Aufgrund des Angebotes der Fa. YYY über die Lieferung und Montage der Lüftung/Heizung/Kühlung/Sanitär/Regelungsanlage vom 1998-01-07 fand am heutigen Tag das Vertragsgespräch statt; es wurden dabei die nachfolgenden Punkte besprochen bzw. Vereinbarungen getroffen."

Nachstehend werden unter Auftragsumfang für den Bereich Neubau ATS 15.440.667,49 und ATS 2.945.233,31 für den Bereich Instandhaltung festgehalten, somit insgesamt ATS 18.386.000,80, weiters, daß hiebei der dreiprozentige Nachlaß für die freie Fabrikatswahl und die Wartungsarbeiten nach er Gewährleistungsfrist

abgezogen sind, die Vergabe zweier getrennter Aufträge gemäß den oben genannten Summen aus Gründen der flughafeninternen Kostenstellen, sowie Details bezüglich Bauausführung, Preisen, Rechnungslegung, Skonto- und Zahlungsfristen sowie Sicherstellung. Unterfertigt ist das Protokoll lediglich durch Ing. ***.

3. In rechtlicher Hinsicht:

3.1. Zu Spruchpunkt I.:

3.1.1. Zur Zuständigkeit:

Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um eine Bauauftrag gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 BVergG.

Bei der Flughafen Linz GesmbH handelt es sich um einen Auftraggeber gemäß § 84 Abs. 2 Z 2 lit b BVergG.

Mit einem geschätzten Auftragswert des gesamten Vorhabens von ATS 110 Millionen ohne Umsatzsteuer ist der Schwellenwert gemäß § 9 Abs. 2 und 11 BVergG von 5 Millionen Euro, das sind ATS 68.801.500,-, überschritten.

Somit ist das Bundesvergabegesetz auf das gegenständliche Vergabeverfahren anzuwenden.

3.1.2. Zur Zulässigkeit:

Bezugnehmend auf das Schreiben von Ing. *** vom 26. Feber teilte der Auftraggeber der Bundesvergabekontrollkommission mit Schreiben vom 11. März 1998, GZ S-12/98-4, mit, daß der Zuschlag an die Firma Bacon erteilt worden sei.

In der mündlichen Verhandlung vom 6. Oktober 1998 bezeichnete Ing. *** von der Flughafen Linz GesmbH dieses als Zuschlagsschreiben. In der mündlichen Verhandlung vom 11. November 1998 erklärte Ing. ***, es gebe außer diesem Schreiben keine schriftliche Zuschlagserteilung. Des weiteren spricht das Schreiben der Generalplanung ARGE *** vom 26. Feber 1998, in welchem den anderen Bietern mitgeteilt wurde, daß die gegenständliche Leistung an die Firma *** vergeben worden sei, gegen das Vorhandensein eines weiteren Vertragsdokumentes.

Ing. *** (Firma ***), erklärte in der mündlichen Verhandlung vom 11. November 1998 zwar, es gebe noch ein anderes Auftragschreiben, welches als Werkvertrag anzusehen sei, dieses fasse das Schreiben vom 26. Feber 1998 zusammen und habe keinen anderen Inhalt als dieses. Ing. *** erklärte jedoch, dieses Schreiben nicht vorzulegen und belegte somit dessen Vorhandensein nicht, obwohl dies im Falle, daß ein solches Schreiben existiert, leicht möglich gewesen wäre. Daher ist davon auszugehen, daß allenfalls das Schreiben von Ing. *** vom 26. Feber 1998 als Zuschlagsschreiben in Betracht käme. Dieses ist jedoch nicht so determiniert, daß es zum Ausdruck brächte, daß der Auftraggeber damit den Zuschlag erteilen wollte, insbesondere die Formulierung "Für den Vertragsabschluß zur Lieferung und Montage der oben genannten Leistung findet ein Gespräch statt am Mittwoch, den 1998-03-04 ..." läßt nicht darauf schließen, daß mit diesem Schreiben das Angebot der Mitbieterin angenommen und damit der Zuschlag erteilt werden sollte, vielmehr bedeutet sie nach normalen Sprachgebrauch, daß zu diesem Zwecke eben ein Gespräch stattfinden solle, das Ergebnis dieses Gespräches und damit das Zustandekommen eines Vertrages bleiben offen. Die Formulierung, daß bezüglich der im Rahmen der "freien Fabrikatswahl" von der Mitbieterin ins Auge gefaßten Produkte vom Auftraggeber beurteilt würden, deutet ebenso nicht auf einen bestimmten Vertragsinhalt insofern hin, als im Rahmen dieser "freien Fabrikatswahl" nur haupt- oder alternativangebotene Produkte in Frage gekommen wären. Die Aussage von Ing. *** in der mündlichen Verhandlung vom 11. November 1998, die Formulierung sei deshalb gewählt worden, weil der Auftraggeber aufgrund notwendiger Vorbereitungen wissen müsse, welche Geräte - jedoch ausschließlich haupt- oder alternativangebotene - im Endeffekt zur Auslieferung gelangten, ist insofern nicht plausibel, als dies im normalen Sprachgebrauch nicht von "beurteilen" umfaßt wird, vielmehr läßt "beurteilen" darauf schließen, daß die Fabrikate entweder noch nicht bekannt oder nicht vollständig bewertet waren. Hinsichtlich des Besprechungsprotokolls vom 6. April 1998 ist festzuhalten, daß hierin nichts bezüglich der gewählten beziehungsweise zu wählenden Fabrikate enthalten ist. Laut Aussage von Ing. *** in der mündlichen Verhandlung vom 11. November 1998 wurde bei dieser Besprechung nicht festgelegt, welche Geräte geliefert werden sollten. Daher liegt auch hier keine weitere Konkretisierung der zu liefernden Fabrikate und somit keine schriftliche Erklärung vor, ein bestimmtes Angebot anzunehmen. Gemäß § 84 Abs. 1 BVergG gelten die Bestimmungen des § 15 BVergG auch für Auftraggeber, welche eine Tätigkeit im Sinne des § 84 Abs. 2 ausüben.

Gemäß § 15 Z 15 BVergG ist der Zuschlag die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen. Da eine solche im gegenständlichen Fall nicht vorliegt, ist davon auszugehen, daß der Zuschlag nicht erteilt wurde.

In Anbetracht der Tatsache, daß ein Zuschlag nicht vorliegt, kommt eine Verfristung des verfahrenseinleitenden Antrages gemäß § 115 Abs. 4 BVergG nicht in Betracht.

Da der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht erteilt wurde, war der unter I. zitierte Antrag als unzulässig zurückzuweisen.

3.2. Zu Spruchpunkt II.:

Die Feststellung gemäß § 113 Abs. 3 letzter Satz BVergG kommt nur nach Zuschlagserteilung in Betracht.

Somit war der unter II. zitierte Antrag als unzulässig zurückzuweisen.

3.3. Zu Spruchpunkt III:

Der Antragstellerin wurde, wie diese in ihrem Schriftsatz vom 28. September 1998 selbst einräumt, Akteneinsicht bezüglich der Angebotsprüfung (ohne Produktennung), des Anbotprotokoll, der Beilagen 3 und 5 zum Anbotseröffnungsprotokoll und des Preisnachlasses der Mitbieterin gewährt.

Da im gegenständlichen Fall nicht in der Sache zu entscheiden war, sind Ausschreibungskonformität und Gleichwertigkeit der Alternativangebote der Mitbieterin nicht entscheidungserheblich. Somit waren die unter III. zitierten Anträge, insofern er über das bereits gewährte Ausmaß der Akteneinsicht hinausging, wegen Unerheblichkeit zurückzuweisen.

3.4. Zu Spruchpunkt IV:

Da im gegenständlichen Fall nicht in der Sache zu entscheiden war, ist eine Zeugeneinvernahme zum Beweis, daß die Alternativangebote nicht die Voraussetzungen eines Alternativangebotes erfüllt haben, nicht entscheidungserheblich.

Da die Aktenlage und die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung bereits ergeben haben, daß der Zuschlag nicht erteilt wurde, ist ebenfalls eine Zeugeneinvernahme zum Beweis, daß die Zuschlagserteilung nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprochen habe, der Zuschlag erteilt worden sei, obwohl der Leistungsumfang noch nicht festgestanden habe und die ÖNORM A 2050 nicht eingehalten worden sei, nicht entscheidungserheblich. Der unter IV. zitierten Antrag war daher wegen Unerheblichkeit zurückzuweisen.

3.5. Zu Spruchpunkt V:

Da der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht erteilt wurde, kommt eine Verfristung gemäß § 115 Abs. 4 BVergG nicht in Betracht.

Die Vorlage in den verfahrenseinleitenden Antrag sowie des Aktes S- 23/98 zum Beweis dafür, daß der ursprüngliche Akt bei der Bundes-Vergabekontrollkommission eingebracht und von dieser nicht an das Bundesvergabeamt weitergeleitet wurde, ist daher nicht entscheidungserheblich.

Der unter V. zitierte Antrag war daher wegen Unerheblichkeit zurückzuweisen.

3.6. Zu Spruchpunkt VI:

Ein Sachverständigengutachten aus dem Bereich der Heizungs-, Lüftungs-, und Klimatechnik zum Beweis dafür, daß die zugeschlagenen Alternativangebote der Mitbieterin, insbesondere die Alternativangebote 04, 08, 13 und 15, nicht mit der ausgeschriebenen Leistung gleichwertig seien, ist, da nicht in der Sache zu entscheiden war, nicht entscheidungserheblich. Somit war er unter VI. zitierte Antrag wegen Unerheblichkeit zurückzuweisen.

3.7. Zu Spruchpunkt VII:

Die Feststellung gemäß § 113 Abs. 3 letzter Satz BVergG kommt nur nach Zuschlagserteilung in Betracht.

Da dies im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren nicht der Fall ist, ist ein Gutachten zum Beweis dafür, daß die Antragstellerin keinesfalls den Zuschlag erhalten hätte, nicht entscheidungserheblich.

Somit war der unter VII. zitierte Antrag wegen Unerheblichkeit zurückzuweisen.

3.8. Zu Spruchpunkt VIII:

Da im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren der Zuschlag nicht erteilt wurde, kommt ein Gutachten zum Vorbringen unter Punkt IV des Schriftsatzes des Auftraggebers vom 16. Juli 1998, der Auftraggeber habe bei der Auftragsvergabe sämtliche Vorschriften des BVergG sowie die sonst einschlägigen Vorschriften eingehalten, nicht in Betracht.

Der unter VIII. zitierte Antrag war somit wegen Unerheblichkeit zurückzuweisen.

3.9. Zu Spruchpunkt IX:

Da die Entscheidung im gegenständlichen Fall ausschließlich auf der Firma YYY bekannte Beweismittel gestützt ist, war eine weitergehende Akteneinsicht unerheblich und daher zurückzuweisen. Dem Antrag der YYY GmbH auf Zuerkennung der Beteiligtenstellung wurde insofern faktisch entsprochen, als der Firma YYY die Möglichkeit eingeräumt wurde, an der mündlichen Verhandlung vom 11. November 1998 teilzunehmen.