

Geschäftszeichen:

VwSen-550580/27/Wim/Bu

Datum:

Linz, 15. November 2011

E r k e n n t n i s

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich hat durch seine 6. Kammer (Vorsitzende Dr. Ilse Klempt, Bericht Dr. Leopold Wimmer, Beisitzer Mag. Thomas Kühberger) über den Antrag der x, vertreten durch x Rechtsanwälte, x, x, x, x, x, vom 15.9.2011 auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie über die Anträge in bzw. nach der öffentlichen mündlichen Verhandlung, dass die Zuschlagserteilung nicht erfolge oder den Zuschlag an sie zu erteilen oder die Ausschreibung aufzuheben und produktneutral neu auszuschreiben, betreffend das Vorhaben "Musiktheater x, Paket 8/2 Audio-Video", nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 18.10.2011 zu Recht erkannt:

Den Anträgen wird keine Folge gegeben.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1, 2, 4, 7 und 23 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 – Oö. VergRSG 2006 idGF iVm §§ 19, 20, 122, 123, 126 und 129 Abs.1 Z7 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006 BGBl. I Nr. 17/2006 idGF.

Entscheidungsgründe:

1. Mit dem angeführten Nachprüfungsantrag wurde das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin bekämpft und dazu zusammengefasst im Wesentlichen vorgebracht, dass die Voraussetzungen für ein Ausscheiden nicht vorliegen würden, weil nicht ansatzweise ersichtlich sei, dass die Auftraggeberin eine im Sinne der Bestimmungen der EU-Richtlinie 71/305 wie auch im § 122 des Bundesvergabegesetzes vorgesehene Prüfung aller Bieter vorgenommen habe. Nach der Systematik der Richtlinie würden im Rahmen der Vergabe eines

öffentlichen Bauauftrages die Prüfung der Eignung der Unternehmer für die Ausführung der zu vergebenden Arbeiten einerseits und der Zuschlag des Auftrages andererseits zwei verschiedene Vorgänge darstellen, die auch unterschiedlichen Regelungen unterworfen seien. Die Nichtvornahme des Prüfungsschrittes eins führe nicht nur zur Anfechtbarkeit des Zuschlages, sondern auch des Ausscheidens des Angebotes. Es sei nichts ersichtlich, dass die Auftraggeberin geprüft habe, ob die Bieter befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer seien.

Weiters wurde die Richtigkeit der Angebotsprüfung bestritten, insbesondere dass in einzelnen Leistungspositionen keine Gleichwertigkeit in Bezug auf die Leistungsbeschreibung bestehe. Dies sei nicht ausreichend begründet worden. Insbesondere würden die mit einem roten Punkt gekennzeichneten als nicht erfüllt bzw. nicht gegeben vorgenommenen Bewertungen in der Angebotsprüfung bestritten. Nach den Vergabebedingungen müsse die Gleichwertigkeit insbesondere in optischer und funktioneller Hinsicht gegeben sein und würde ihr Angebot diese Anforderung erfüllen.

Der Ausschreibungstext sei nicht herstellerneutral formuliert worden sondern auf das Produkt der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zugeschnitten worden. Dies würde auch das Ausscheiden der preislich drei bestgereihten Bieter bestätigen. Weiters würde für das Ausscheiden keine ausreichende Interessensabwägung vorliegen.

2. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat die Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt.

2.1. Mit Stellungnahme vom 22.9.2011 wurde von der Auftraggeberin zusammengefasst nach Schilderung des Sachverhaltes über den Ablauf des Vergabeverfahrens im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin innerhalb der offenen Frist lediglich die Ausscheidensentscheidung und nicht die Zuschlagsentscheidung angefochten habe, obwohl beide gesondert anfechtbaren Entscheidungen hätten angefochten werden können, bzw. müssen. Eine Nichtigerklärung des Ausscheidens durch den Unabhängigen Verwaltungssenat würde die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin nicht beseitigen und wäre daher eine Rechtswidrigkeit des Ausscheidens für den Ausgang des Vergabeverfahrens von nicht wesentlichem Einfluss im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 2 Oö. VergRSG. Der Umstand, dass die Zuschlagsentscheidung nicht angefochten worden sei, spreche auch zweifellos gegen einen drohenden Schaden bzw. ein Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss im Sinne der §§ 3 Abs. 1 und 5 Abs. 1 Z 3 Oö. VergRSG. Auch die fehlende beantragte einstweilige Verfügung spreche gegen das Interesse der Antragstellerin auf Auftragserhalt. Weiters gehe

aus dem Nachprüfungsantrag nicht hervor in welchem Recht sich die Antragstellerin als verletzt erachte.

Im gegenständlichen Fall wäre ein Ausscheiden der Antragstellerin auch wegen unzulässiger Vorarbeiten gemäß § 20 Abs. 5 BVergG vorzunehmen. Der Umstand, dass der bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen maßgeblich beteiligte Mitarbeiter noch im Zuge des laufenden Vergabeverfahrens zur Antragstellerin gewechselt habe, erfülle zweifellos den Anschein einer Wettbewerbsverfälschung, da nicht auszuschließen sei, dass die Antragstellerin gegenüber ihren Mitbewerbern über einen Vorteil verfüge. Die Antragstellerin wäre daher aus dem Verfahren auszuschließen bzw. deren Angebot auszuschneiden gewesen und fehle es ihr daher an der Antragslegitimation.

Im gegenständlichen Fall sei eine umfangreiche Angebotsprüfung durch sachverständige Angebotsprüfer durchgeführt worden, in der festgestellt worden sei, dass das Angebot der Antragstellerin nicht den von der Auftraggeberin in der Ausschreibung festgelegten technischen Kriterien entspreche. Ungeachtet der von den deutschen Angebotsprüfern in ihren Prüfberichten verwendeten Terminologie stehe damit fest, dass das Angebot der Antragstellerin mangels Ausschreibungskonformität auszuschneiden war. Die von den Prüfern festgestellte fehlende "Gleichwertigkeit" des Angebotes gegenüber den Mindestanforderungen sei daher im Sinne des Verständnisses der Angebotsprüfer auf die ausgeschriebene Leistung bzw. die Leistungsbeschreibung zu beziehen.

Die behauptete unterlassene Prüfung der Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erweise sich als verfehlt und sei im Übrigen für den Ausgang des gegenständlichen Verfahrens irrelevant, weil selbst eine unterlassene Eignungsprüfung am Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nichts ändern würde.

Dem Vorwurf der Antragstellerin, dass auch, wenn in der Ausschreibungsunterlage kein Leitprodukt angegeben sei, ersichtlich sei, dass es sich um das Fabrikat x handle, werde entgegengehalten, dass sehr wohl Leitprodukte in einzelnen Positionen enthalten seien und es allein Sache der Auftraggeberin sei, den Leistungsgegenstand festzulegen. Bei Fragen zum Auftragsgegenstand könnte eine schriftliche Bieteranfrage an die Auftraggeberin gestellt werden. Weiters stelle die Ausschreibung eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers dar, die mangels fristgerechter Anfechtung durch die Antragstellerin in Kenntnis des Leistungsgegenstandes bestandsfest geworden und dem gesamten weiteren Verfahren zur Grunde zu legen sei. Weiters hätten wohl auch Produkte im Sortiment der Antragstellerin, die in der Ausschreibung festgelegten insbesondere technischen Kriterien erfüllt, seien aber von dieser wohl aus Preisgründen im gegenständlichen Verfahren nicht angeboten worden.

2.2. Mit schriftlicher Äußerung der Antragstellerin vom 17.10.2011 wurde in Erwiderung zum Schriftsatz der Auftraggeberin zusammengefasst im Wesentlichen vorgebracht, dass die im Zuge des Aufklärungsverfahrens von der Antragstellerin ausgefüllten technischen Aufklärungen während der Angebotsprüfung geändert worden seien und in dieser Form und nicht wie im Original der Angebotsprüfung zu Grunde gelegt worden seien und somit der Verdacht der Manipulation erzeugt werde.

Grundsätzlich würde auch ihr bloß auf das Ausscheiden beschränkter Nachprüfungsantrag Berechtigung finden und zulässig sein, da die Zuschlagsentscheidung noch von einer anderen Bieterin angefochten worden sei und von dieser auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt worden sei, sodass eine Zuschlagserteilung nicht erfolgen könne.

Die Auftraggeberin habe nicht ausgeführt, worin der Anschein einer Wettbewerbsverfälschung durch den Wechsel eines Mitarbeiters zu ihr zu sehen sein sollte. Dieser Anschein sei auch durch die Begründung des Ausscheidens widerlegt. Der Fall, dass ein Mitarbeiter des Bieters zur Auftraggeberin wechsele, liege hier nicht vor, sodass insgesamt der Wechsel des Arbeitnehmers ihr eher zum Nachteil gereiche, was aber nicht zum Verlust der Aktivlegimitation führe.

Die Auftraggeberin sei auf die betreffend die Ausschreibungskonformität des Angebotes angeführten Gründe nicht eingegangen. Die Antragstellerin sei korrekt allen Anforderungen zur Aufklärung nachgekommen und sei die funktionelle Gleichwertigkeit ihres Angebotes zu 100% gegeben. Die Ausscheidensentscheidung sei nicht ausreichend begründet. Es wurde Akteneinsicht in vollem Umfang beantragt.

Mit weiterem Schriftsatz vom 17. Oktober 2011 wurden neben der Anzeige des Vertretungsverhältnisses von x Rechtsanwälte noch weitere Unterlagen zu den Behauptungen der unzulässigen Korrektur der Aufklärung der Antragstellerin vorgelegt.

3.1. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die Vergabeunterlagen sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18.10.2011, in der unter Einbeziehung der Parteien, ihrer Vertreter und durch die Einvernahme von an der Angebotsprüfung beteiligten Personen als Zeugen eine umfassende Erörterung der Sachlage erfolgte. Dabei wurde auch der Nachprüfungsantrag der preislich drittgerihten Bieterin gegen die ihr mitgeteilte Ausscheidungs- und Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin behandelt.

3.2.1. In der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde von der Antragstellerin noch zusätzlich ergänzend zusammengefasst im Wesentlichen vorgebracht, dass der zu ihr gewechselte Mitarbeiter Herr x bei ihr seit 1. April 2011 beschäftigt sei und auch für die konkrete Ausschreibung mit untergeordneten nichtselbstständigen Tätigkeiten, die er vom technischen Leiter des Unternehmens angeordnet bekommen habe, beauftragt worden sei. Es liege kein Fall vor, wo ein Arbeitnehmer des Bieters zum Auftraggeber gewechselt habe. In der Verhandlung habe sich kein substantieller Anschein für eine Wettbewerbsverzerrung ergeben.

Der konkrete Firmenwortlaut des Unternehmens sei "x". Diese Eintragung ins Firmenbuch sei heuer erfolgt und zwar noch vor der Angebotslegung. Bei allen Nachweisen und Steuerbescheinigungen im Angebot sei dieser Firmenwortlaut angeführt und auch in der beigelegten Handelsregisterbescheinigung. Auch die Unterschrift im Angebot stamme von Herrn x als Einzelunternehmer.

Die Ausschreibung, sei nicht angefochten worden, weil nur die optische und funktionelle Gleichwertigkeit verlangt worden sei und diese das Angebot der Antragstellerin erfülle. Würde man sklavisch jedem Wortlaut des Leistungsverzeichnisses folgen, wäre man auf das Produkt x reduziert und käme dies einer Wettbewerbsbeschränkung gleich.

Grundsätzlich wurde zugestanden, dass beim Livebetrieb Schieberegler beim Bedienen des Mischpultes Vorteile bieten, da relativ viele Kanaleinstellungen dem direkten Zugriff unterliegen. Dies habe aber keinen Einfluss auf die Technologie.

Beim angebotenen Saalmischpult sei kein Parallelbetrieb möglich. Dieser sei auch nicht dezidiert gefordert worden. Funktionell würde auch das angebotene Produkt die Anforderungen erfüllen.

Zur Anforderung in der Position 01.01.02.02 0 "Digitales Mischpult (Saal)" mit der Formulierung: "Es ist eine Bedienoberfläche vorgesehen, das auf die digitale Hauptkonsole für den temporären Einsatz innerhalb des Zuschauerraums zu Proben- oder Einrichtungszwecken oder für den Fall, dass der Bediener eine begrenzte Anzahl an Kanälen aus dem Zuschauerraum heraus abmischt, zugreift." woraus sich eindeutig ein Parallelbetrieb des Saalmischpultes mit dem Hauptmischpult ergebe, hat sich die Antragstellerin der Stimme enthalten. Auch dazu, dass mit dem angebotenen Produkt der Parallelbetrieb nicht funktioniere. Die angeführte Position sei keinesfalls als Parallelbetrieb ausgeschrieben worden.

Im Leistungsverzeichnis auf Seite 109 sei ein Trittschallfilter mit direkt wählbaren Frequenzen 40 Hz, 60 Hz, 80 Hz verlangt worden. Das angebotene Produkt könne über mehrere Bedienschritte auch diese Anforderung erfüllen und habe somit die gleiche Funktion.

Im Schlussvorbringen wurde hilfsweise der Antrag gestellt, dass die Zuschlagserteilung nicht erfolge. Weiters wurde der Antrag auf volle Akteneinsicht gestellt, dass heißt auch auf die geschwärzten Bereiche, die die Antragstellerin bisher nicht zur Verfügung gestellt bekommen habe. Darüberhinaus wurde der Antrag auf Kosten- und Gebührenersatz gestellt.

Weiters wurde vorgebracht, dass das Leistungsverzeichnis geschätzt so in etwa 1000 Positionen umfasse, wobei nach Angaben der Antragstellerin ca. in 20 Punkten technisch unterschritten wurde, jedoch optisch und funktional erfülle das Angebot die Voraussetzungen der Gleichwertigkeit.

Die Firma x hätte das Produkt x nicht anbieten können, weil sich in solchen Fällen immer die präsumtive Zuschlagsempfängerin aufstelle und ein Angebot lege, das in etwa 20% bis 25% unterhalb des Preises liege. Das heißt, es werde in etwa ein Preisvorteil von ca. 25% gewährt. Somit liege eine Verletzung der produktneutralen Ausschreibung vor und sei dies auch evident.

3.2.2. Mit weiterer Eingabe der Antragstellerin vom 20.10.2011 wurde beantragt den Zuschlag an die Firma x zu erteilen, hilfsweise ein Sachverständigengutachten zur Frage einzuholen, ob das Angebot in optischer und funktioneller Hinsicht der Ausschreibung entspreche und ausschreibungsgerecht sei und somit insbesondere gleichwertig zum Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Weiters wurde beantragt die Ausschreibung aufzuheben und produktneutral neu auszuschreiben.

Begründend wurde dazu ausgeführt, dass nach den Kriterien der Ausschreibung das Angebot der Antragstellerin funktional und optisch die Gleichwertigkeit erzielen würde. Das angenommene Unterschreiten von ca. zwanzig technischen Details bezogen auf rund tausend Anforderungen hindere die erreichte funktionale Gleichwertigkeit des Angebotes nicht. Im Zuge der Angebotsprüfung sei die funktionale Gleichwertigkeit nicht geprüft worden, sondern einzig und allein auf technische Unterschreitungen abgestellt worden.

Es liege keine produktneutrale Ausschreibung vor, sondern sei diese auf das Fabrikat der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zugeschnitten. Dies würde einen rechtswidrigen Wettbewerbsverstoß darstellen. Insbesondere seien die Produkte

der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht frei am Markt verfügbar. Die Antragstellerin habe für ein anderes Projekt bei der Firma x ein Angebot über Produkte angefordert, welches von der nunmehrigen präsumtiven Zuschlagsempfängerin erstellt wurde. Daraus ergebe sich, dass diese gleichzeitig am Markt auftrete und genau die Preise kenne, die an die Wettbewerber gegeben würden.

3.3. Der Unabhängige Verwaltungssenat geht von folgendem entscheidungswesentlichen Sachverhalt aus:

3.3.1. Gegenstand des Vergabeverfahrens ist das Bauvorhaben „Musiktheater x; Paket 8/2 - Audio/Video“. Da die gegenständlichen bühnentechnischen Audio/Videoanlagen (samt elektronischer Ausstattung und Anlagen der Infrastruktur) fest eingebaut werden, handelt es sich um einen öffentlichen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens überschreitet den für Bauaufträge geltenden Schwellenwert. Für das Vergabeverfahren gelten daher die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 für den Oberschwellenbereich. Die gegenständliche Ausschreibung ist als Los der gesamten Bauleistung erfolgt.

Auftraggeberin ist die x GmbH. Diese ist 100%ige Tochter der x GmbH, diese ist wiederum 100%ige Tochter der x GmbH, welche wiederum in 100%igem Eigentum des Landes Oberösterreich steht. Die Durchführung des Vergabeverfahrens erfolgte durch die mit der Projektsteuerung betraute xgesellschaft mbH, x.

3.3.2. Die gegenständlichen Bauleistungen wurden am 25. März 2011 zu GZ 2011/S 59-095432 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union und in der Amtlichen Linzer Zeitung am 22. März 2011 bekanntgemacht. Entsprechend den Ausschreibungsunterlagen wurde zur Vergabe der gegenständlichen Leistungen das offene Verfahren gewählt. Der Zuschlag erfolgt auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip). Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 16.5.2011.

Die Antragstellerin ist ein Einzelunternehmen und als Firma x (=eingetragener Kaufmann) im deutschen Firmenregister eingetragen. Sie hat die Ausschreibung nicht angefochten und auch nicht vor Angebotsabgabe eine Bieteranfrage hinsichtlich produktspezifischer Leistungsfestlegung gestellt.

Die öffentliche Angebotsöffnung fand am 16. Mai 2011 statt. Die eingegangenen Angebote wurden im Sinne des § 118 BVergG 2006 verlesen. Die Antragstellerin hat fristgerecht nur ein Hauptangebot zum Bruttopreis von 4,030.193,89 Euro

gelegt und lag damit preislich an zweiter Stelle. Ein gesondertes Abänderungsangebot wurde nicht erstattet.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin x GmbH, x, x, x, legte ein Angebot zum Bruttopreis von 4,404.350,83 Euro und lag damit preislich an vierter Stelle.

Neben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hat auch eine weitere Bieterin Produkte der Marke x angeboten.

3.3.3. Im Angebotsschreiben wurde im Feld "Rechtsgültige Fertigung des Bieters" der Stempelaufdruck "x" mit Adresse, Tel. u. Fax-Nummer sowie E-Mail und Webadresse aufgebracht und von Herrn x persönlich unterschrieben. In den dem Angebot angeschlossenen Nachweisen Handelsregisterbescheinigung und Bonitätsauskunft ist der Firmenwortlaut "x" angeführt.

Punkt 4. des Angebotsschreibens der Ausschreibung lautet: „Erklärung gemäß § 106 Abs.7 BVergG: Für den Fall, dass die von mir/uns in den Bieterlücken ausgeschriebenen Erzeugnisse die Kriterien der Gleichwertigkeit nicht erfüllen, gilt das in der Ausschreibung als Beispiel angeführte Erzeugnis als angeboten.“. In der Folge finden sich über dem Klammersausdruck „Zutreffendes ankreuzen“ die Kästchen „Ja“ und „Nein“. Von der Antragstellerin wurde in ihrem Angebot diese Bieterlückenerklärung mit "Ja" bestätigt.

Nach Position 00.11. Z und 00.11.09 CZ der Vergabebestimmungen sind Alternativangebote nicht zulässig. Bezüglich Abänderungsangeboten finden sich in der Ausschreibung keinerlei Festlegungen.

Position 00.11.31 Z der Vergabebestimmungen lautet:

"Grundsätzlich sind alle im LV angeführten Produkte als beispielhafte Beschreibungen zu betrachten.

Angebotene Produkte (angebotenes Produkt oder Erzeugnis:) sind in den jeweiligen Bieterlücken einzutragen.

Bei Angebot von Alternativprodukten hat der Bieter die Qualitätsgleichwertigkeit nachzuweisen. Die Gleichwertigkeit muss insbesondere in optischer und funktioneller Hinsicht gegeben sein.

Falls der Nachweis der Qualitätsgleichwertigkeit nicht erbracht wird, gelten die ausgeschriebenen beispielhaften Produkte als angeboten, sofern das Angebot eine Erklärung nach § 106 Abs.7 BVergG enthält (siehe hierzu Punkt 4 des Angebotsschreibens!). Falls keine solche Erklärung vorgelegt wird, ist das Angebot auszuscheiden, falls das angebotene Erzeugnis nicht gleichwertig ist."

Die einmal von einem Bieter getroffene Wahl eines Herstellers ist für gleichartige Anlagenteile durchwegs beizubehalten. Es sind nur jene Erzeugnisse anzubieten, für die ein zuverlässiger und prompter Wartungs- und Servicedienst gegeben ist."

Position 01.01.03.03 0 des Leistungsverzeichnisses lautet: „Audio-PC als Apple Mac Pro mit 2,66 GHz Dual-Core Intel Xenon Prozessoren“. Gleiche Angaben finden sich auch in den Pos. 02.01.05.03 0 und 06.01.02.39 0.

In der zweiten Nachsendung zur Ausschreibung vom 9. Mai 2011 auf die Frage zur Pos. 01.01.06 0 Z um Bekanntgabe der Leittypen für die Positionen der Leistungsgruppe „Mikrofone drahtgebunden“ lautete die Antwort u.a. „Fabrikat/Typ: Shure SM58“.

In Position 01.03.04.00 0 zum Videoaufnahme- und abspieleequipment auf Seite 266 des LV findet sich die Formulierung "Mediaserver (Hippotizer HD oder gleichwertig)".

3.3.4. In der Position 01.01.02.00 0 "Digitale Mischpulte Ausführungsbeschreibung" finden sich unter lt. F die Formulierungen: "Als Saalmischpult sind weiter Mischpulteinheiten mobil einbindbar, die es gestatten den Probenbetrieb und das Einrichten der Beschallung vom Zuschauerraum aus vorzunehmen. Weiterhin muss es möglich sein, eine Vorstellung von einem Regieplatz im Zuschauerraum aus auszusteuern.

Das erfordert, dass alle Mischpultfunktionen inklusive aller Audioparameter vom Saalmischpult aus gesteuert werden können. Das Saalmischpult muss Fernbedienelemente für die Tonträger und Wechselsprechverbindungen einschließlich Einsprechen in den Saal enthalten.

Die Anbindung des Tochterpults an das Hauptregiepult soll über LWL (=Lichtwellenleiter) erfolgen."

In der Position 01.01.02.02 0 "Digitales Mischpult (Saal)" ist die Formulierung enthalten: "Es ist eine Bedienoberfläche vorgesehen, das auf die digitale Hauptkonsole für den temporären Einsatz innerhalb des Zuschauerraums zu Proben- oder Einrichtungszwecken oder für den Fall, dass der Bediener eine begrenzte Anzahl an Kanälen, aus dem Zuschauerraum heraus abmischt, zugreift.". Zur Frage, ob dies als Parallelbetrieb zu werten ist, enthielt sich die Antragstellerin hier der Stimme. Sie gestand zu, dass die von ihr zu diesen Positionen angebotenen Produkte keinen vollständigen Parallelbetrieb (das heißt, dass wenn im Saalmischpult Regler verschoben werden, diese auch im Zentralmischpult gleichzeitig verschoben werden oder umgekehrt) bieten.

In Pos. 01.01.04.00 0 "Zentrales Audionetzwerk (Technische Beschreibung)" wurde im Leistungsverzeichnis auf Seite 109 unten zu den geforderten technischen Daten der Einzelbaugruppen unter Pkt. 2. ein 4-kanaliger Hochpegel-Leitungseingang mit A/D Wandler mit bestimmten Merkmalen verlangt. Auf Seite 110 wird dazu ein Dynamikbereich > 132 dB (A) verlangt.

Hinsichtlich des geforderten Wertes hat eine Überrechnung ergeben, dass dieser Wert nicht erreicht werden kann. In der Anfragebeantwortung, dem sogen. Bieterrücklauf hat auch die Antragstellerin selbst diesen Punkt mit 0-rot bewertet, das heißt als nicht erfüllt.

Auf Seite 111 oben unter Pkt. 7. wurde dazu ein digitaler Signalprozessor gefordert in dem Signalprozessorbaugruppen vorhanden sein müssen, die frei routbar jedem Eingang oder Ausgang zugeordnet werden können. Von der Antragstellerin wurde dazu auch selbst angeführt, dass diese Baugruppen den einzelnen Mischpulten fix zugeordnet sind und nicht bloß zuortbar sind und der Signalprozessor einzelnen Ein- und Ausgängen fest zugeordnet ist.

Im LV auf Seite 118 für die Position 01.01.04.10 0 "Audio-Router und Mischpultzentraleinheit" wurde ein zentraler Router als Sternverteiler für das digitale Audionetz gefordert. Das angebotene Produkt der Firma x kann nicht direkt auf verschiedene Teile zugreifen, sondern nur über Routing, das heißt bestimmte Einstellungen. Eine Gesamteinheit in Form des Sternverteilers, die hier einen Zugang auf alle Komponenten relativ leicht ermöglicht, ist hier nicht gegeben. Seitens der Antragstellerin wurde bestätigt, dass ein Sternverteiler ausgeschrieben wurde, es wurde aber eine dezentrale Verteilung angeboten.

In den vorangeführten Positionen sind keine ausdrücklichen Produkte angeführt.

3.3.5. Mit der Prüfung der Eignung der Bieter und der Angebote im Rahmen von Vergabeverfahren hat die Auftraggeberin die mit der Planung Bühnentechnik beauftragte x, x, x (nachfolgend „x“) beauftragt, welche sich dazu der sachverständigen x AG, x, x (im Folgenden „x“), bedient hat. Bei x haben x und Herr x von der Niederlassung der x in x bzw. der x GmbH, x, x, eine vollinhaltliche und umfassende Prüfung der vier billigsten Angebote durchgeführt. Die angebotsprüfende Stelle hat auch das Leistungsverzeichnis der Ausschreibung erstellt, wobei mit Schreiben vom 7.4.2011 bzw. 9.5.2011 zwei Nachsendungen an alle Bieter erfolgten.

Mit E-Mail vom 23.6.2011 wurde unter dem Betreff „Technische Aufklärung des Angebotsinhaltes“ eine Excel-Tabellenvorlage übermittelt, welche Anforderungen der Leistungsbeschreibung einschließlich der technischen Ausführungsbeschreibungen in Kurzform auflistet, wobei ersucht wurde, jede Zeile der Erfülltspalte mit Kennung 0, 1 oder 2 zu versehen, wobei 0 „nicht erfüllt/nicht angegeben“, 1 „Einschränkungen als gleichwertig angegeben“ und 2 „erfüllt vollständig die Anforderungen“ bedeutete. Überdies war 0 rot, 1 gelb und 2 grün

gekennzeichnet. Weiters war es möglich, hier in einer Spalte erläuternde Bemerkungen anzuführen. Mit E-Mail vom 28. Juni 2011 wurde von der Auftraggeberin dieses Verzeichnis rückübermittelt, wobei von der Antragstellerin im Bierrücklauf die Mehrzahl der Anforderungen mit 2-grün, ein geringerer Teil mit 1-gelb und vier mit 0-rot gekennzeichnet wurden.

Im Rahmen der ersten Angebotsprüfung wurden diese Bewertungen fachtechnisch korrigiert, bezeichnet als "Vergleichsangaben fachtechnisch korrigiert" und hier Einträge entsprechend dem Prüfergebnis abgeändert, entfernt und auch Kommentare hinzugefügt.

Für die Punkte "Pult-Bedienoberfläche, kanalbezogen mind. 11 Inkrementalgeber-Doppelkombinationen" und die darunter befindliche Beschreibung "Pult-Bedienoberfläche, kanalbezogen alternativ vergleichbare Anzahl von Bedienelementen" waren dies zwei Fragen. Bei der bewerteten Liste finden sich hier beide Formulierungen mit "oder" verbunden. Grundsätzlich wurde als Antwort von der Antragstellerin hier für diese beiden Punkte 2-grün angegeben. In der Angebotsbewertung findet sich hier ein roter und ein grüner Eintrag und kein Trennstrich mehr zwischen den beiden Angaben.

Zur Position 01.01.01.04.100 "Audio-Router und Mischpultzentraleinheit" wurden in der Antwort alle Punkte als erfüllt angeführt, jedoch Kommentare dazugefügt. In der überarbeiteten Version sind diese Kommentare nicht mehr so angeführt und sind auch die Bewertungen teilweise auf 0-rot bzw. 1-gelb umgeändert worden.

Die fachtechnisch korrigierte Einzelauswertung wurde nach Bekanntgabe der Ausscheidungsentscheidung über Anforderung der Antragstellerin gemeinsam mit dem eigentlichen Prüfbericht am 12.9.2011 übermittelt.

Bei der ersten Angebotsprüfung wurde in Punkt 6 als Prüfergebnis festgehalten, dass in einzelnen Leistungspositionen keine Gleichwertigkeit in Bezug auf die Leistungsbeschreibung besteht. Als Abschluss findet sich die Formulierung: "Somit hat auch dieses Angebot in Anlehnung an § 129 Abs. 1 Satz 7 BVergG auszuscheiden, da es fachtechnisch somit mangelbehaftet erscheint und dieser Mangel nicht durch Anwendung von § 106 Abs. 7 BVergG behoben werden kann, da in der Leistungsbeschreibung keine Erzeugnisnennung, z.B. mit Angabe von Fabrikat und Typ, ergänzt durch den Zusatz "oder gleichwertig" erfolgt ist."

Die Angebotsprüfung wurde schließlich im Auftrag der Auftraggeberin zusätzlich von der Bühnenplanung x GmbH, x, x (im Folgenden „Büro x“; zuständiger Bearbeiter: Herr x), überprüft. Dazu wurden von der Auftraggeberin sämtliche dafür maßgeblichen Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellt und auch die

Prüfberichte der Firma x. Weiters auch eine Liste des Biiterrücklaufs als auch die überarbeitete, fachtechnisch korrigierte Liste von x. In beiden Fällen wurde nur eine Zusammenfassung, das heißt eine Übersicht, die alle vier Bieter enthält, übermittelt. Die Originalbiiterrückläufe standen dabei nicht zur Verfügung. Auch diese zweite Beurteilung hat das Prüfergebnis bestätigt.

3.3.6. Der Angebotsprüfer x hat Elektrotechnik studiert und hat sich dann später auf Akustik spezialisiert, hat auch promoviert und besitzt eine Hochschullehrerberechtigung an der Hochschule für Film und Fernsehen in x. Seit ca. zwanzig Jahren prüft er auch Leistungsverzeichnisse. Herr x hat nach dem Erlernen eines Handwerks eine Ausbildung zu einem staatlich geprüften Techniker gemacht und ist seit ca. zwölf Jahren im Büro Koxttke in der Bühnenplanung tätig. Er ist dort unter anderem verantwortlich für die Planung von Beleuchtungsanlagen, Tonanlagen und Video. Im Rahmen seiner Tätigkeit kommt es des Öfteren vor, dass er im Rahmen von Ausschreibungen Angebote prüft.

Beide Prüfer sind zueinander unabhängig.

Herr x war bis 8.3.2011 bei der Fa. x beschäftigt und hat zunächst die Anforderungen der Auftraggeberin erhoben und in der Folge bis zu seinem Ausscheiden einen Großteil des gegenständlichen Leistungsverzeichnisses erstellt. Mit 1.4.2011 ist er beruflich zur Antragstellerin gewechselt und hat dort unter anderem auch für die konkrete Angebotserstellung im Auftrag des technischen Leiters Herrn x Angebote eingeholt und kalkulatorische Berechnungen erstellt. Die Produkte für welche er Angebote einholen sollte, wurden ihm durch Herrn x vorgegeben. Für untergeordnete Produkte, wie zum Beispiel Videokameras, Versatzkästen, Kabel und diverses Zubehör hat er selbstständig aufgrund des Leistungsverzeichnisses Produkte gesucht und Angebote eingeholt.

3.3.7. Mit Faxbrief vom 06. September 2011 hat die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs.1 Z7 BVergG 2006 mangels Ausschreibungskonformität ausgeschieden wird und der x GmbH, x als Billigstbieterin der Zuschlag mit einer Vergabesumme von brutto 4,404.350,83 Euro erteilt werden soll.

Als Begründung wurde angeführt, dass bei diversen Positionen die Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte gegenüber den Mindestanforderungen der Ausschreibung durch den Bieter nicht nachgewiesen werden konnte, insbesondere für das angebotene Mischpult mit Audionetzwerk, bei welchem nach fachtechnischer Prüfung auf den Wortlaut der Leistungsbeschreibung bezogen, festgestellt werden musste, dass erhebliche Unterschiede

bestehen und damit die Erfüllung der in der Ausschreibung festgelegten Kriterien für das angebotene Produkt nicht vollständig nachgewiesen werden konnte.

Neben der Antragstellerin hat auch die drittgereichte Bieterin betreffend ihre Ausscheidensentscheidung einen fristgerechten Nachprüfungsantrag eingebracht.

3.4. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den vorliegenden Vergabeunterlagen sowie aus den durchaus glaubwürdigen, in sich schlüssigen und für den Unabhängigen Verwaltungssenat auch verständlichen Aussagen der angebotsprüfenden Zeugen x sowie Herrn x vom Büro x. Beide Angebotsprüfer haben sich von ihrer Ausbildung her als fachkundig für die Angebotsprüfung erwiesen. Sie sind lange Zeit in diesem Bereich tätig und sowohl mit Ausschreibungen als auch Angebotsprüfungen laufend im gegenständlichen Leistungsgegenstand befasst. Sie sind zueinander unabhängig und haben beide Prüfungen im Wesentlichen das übereinstimmende Ergebnis, insbesondere hinsichtlich der vorangeführten Punkte des Angebotes der Antragstellerin ergeben. Die Prüfergebnisse wurden in der öffentlichen mündlichen Verhandlung umfassend erörtert und wurden auch von der Antragstellerin nicht entkräftet, sondern hat sie zum Teil auch selbst zugestanden, die technisch geforderten Anforderungen vom Wortlaut her nicht erfüllt zu haben.

Die Beteiligung von Herrn x bei der LV- und Angebotserstellung ergibt sich aus seiner glaubwürdigen Zeugenaussage in Verbindung mit den nicht widersprüchlichen Angaben seines Vorgesetzten bei der Antragstellerin Herrn x. Die Aussagen wurden in der mündlichen Verhandlung auch von niemandem in Zweifel gezogen.

4. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat erwogen:

4.1. Gemäß § 1 Abs.1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (Oö. VergRSG 2006) regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Art.14b Abs.2 Z2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen.

Gemäß Art.14b Abs.2 Z2 lit.c B-VG ist die Vollziehung Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art.126b Abs.2, soweit sie nicht unter die Z1 lit.c fällt, sowie der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art.127 Abs.3 und Art.127a Abs.3 und 8.

Gemäß Art.127 Abs.3 B-VG überprüft der Rechnungshof weiters die Gebarung von Unternehmungen, an denen das Land allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegenden Rechtsträgern mit

mindestens 50 vH des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist oder die das Land allein oder gemeinsam mit anderen solchen Rechtsträgern betreibt.

Die Auftraggeberin ist 100%ige Tochter der x GmbH, diese ist wiederum 100%ige Tochter der x GmbH, welche wiederum in 100%igem Eigentum des Landes Oberösterreich steht. Sie stellt als Unternehmen im Sinne des Art.127 Abs.3 B-VG einen öffentlichen Auftraggeber dar, der im Sinne des Art.14b Abs.2 Z2 lit.c B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fällt. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt daher den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006.

4.2. Gemäß § 2 Abs.1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Unabhängigen Verwaltungssenat die Gewährung von Rechtsschutz gemäß § 1 Abs.1 leg.cit.

Gemäß § 2 Abs.3 Oö. VergRSG 2006 ist der Unabhängige Verwaltungssenat bis zur Zuschlagsentscheidung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z16 lit.a BVergG 2006) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 7 Abs.1 Oö. VergRSG 2006 hat der Unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller bzw. die Antragstellerin in dem von ihm bzw. ihr nach § 5 Abs.1 Z5 geltend gemachten Rechten verletzt und
2. diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig. Die Antragslegitimation der Bieterin ergibt sich aus dem Umstand, dass auch für die drittgereihte Bieterin eine Ausscheidensentscheidung getroffen wurde und von dieser ebenfalls ein Nachprüfungsantrag gestellt wurde, in dem auch die Zuschlagsentscheidung angefochten wurde, und eine einstweilige Verfügung erlassen wurde, in der bis zur Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren, längsten bis 16.11.2011 (das ist sogar ein Tag nach Ablauf der Entscheidungsfrist betreffend die Antragstellerin) die Erteilung des Zuschlages untersagt wurde. Davon profitiert

auch die Antragstellerin, da sie mangels der Möglichkeit der Zuschlagserteilung bei Durchdringen ihres Antrages eine Chance auf den Zuschlag hätte und somit eine sie betreffende Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss wäre.

Dadurch, dass das Angebot von Herrn x als Einzelunternehmer persönlich unterschrieben wurde, liegt eine rechtsgültige Fertigung vor und ist aus den dem Angebot angeschlossenen Nachweisen Handelsregisterbescheinigung und Bonitätsauskunft auch der vollständige Firmenwortlaut x zu ersehen. Es liegt somit ein zivilrechtlich verbindliches Angebot vor.

4.3. Gemäß § 17 Abs.3 AVG sind von der Akteneinsicht Aktenbestandteile ausgenommen, soweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würden. Als solche berechnete Interessen gelten der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen.

Dem Antrag auf volle Akteneinsicht, dass heißt auch auf die geschwärzten Bereiche, die die Antragstellerin bisher nicht zur Verfügung gestellt bekommen hat, kann, da es sich dabei um die Bereiche handelt, die ausschließlich andere Bieter und deren Angebote betreffen und Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse enthalten, nicht entsprochen werden.

4.4. Gemäß § 2 Z16 lit.a sublit.aa BVergG 2006 sind im offenen Verfahren die Ausschreibung, sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist, das Ausscheiden des Angebotes, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar.

Gemäß § 19 Abs.1 BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 20 Abs.5 BVergG 2006 sind Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, sowie mit diesen verbundene Unternehmen, soweit dadurch ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabever-

fahren um die Leistung auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden kann.

Nach § 81 Abs.1 BVergG 2006 kann der Auftraggeber nur bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden, Alternativangebote zulassen. Nach § 82 Abs.1 leg.cit. sind, sofern der Auftraggeber in der Ausschreibung nicht anderes festlegt, Abänderungsangebote zulässig. Soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anderes festgelegt wurde, sind Abänderungsangebote nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig.

Gemäß § 95 Abs.1 BVergG 2006 kann die Beschreibung der Leistung wahlweise konstruktiv oder funktional erfolgen. Nach Abs.2 leg.cit. sind bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung die Leistungen nach zu erbringenden Teilleistungen in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern. Nach Abs.3 werden bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung die Leistungen als Aufgabenstellung durch Festlegung von Leistungs- oder Funktionsanforderungen beschrieben.

Gemäß § 96 Abs.1 BVergG 2006 sind die Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Eine konstruktive Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, durch Modelle, Proben, Muster und dgl. zu ergänzen.

Nach § 98 Abs.7 und 8 BVergG 2006 sind bei ausnahmsweiser Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses (wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann) in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses nach der entsprechenden Position vom Bieter Angaben über Fabrikat und Type der von ihm gewählten gleichwertigen Produkte zu verlangen. Die maßgeblichen Kriterien für die Behandlung der Gleichwertigkeit sind in der Beschreibung der Leistung anzugeben. Nach § 106 Abs. 7 BVergG 2006 hat den Nachweis der Gleichwertigkeit der Bieter zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele angeführten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des LV eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.

Gemäß § 122 BVergG 2006 ist die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen.

Gemäß § 123 Abs.1 BVergG 2006 erfolgt die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien, wobei gemäß Abs.2 Z5 im Einzelnen zu prüfen ist, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Gemäß § 126 Abs.1 BVergG 2006 ist, sofern sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung ergeben oder Mängel festgestellt werden, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen.

Gemäß § 129 Abs.1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung u.a. folgende Angebote auszuschneiden:

Z7 den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie fehlerhafte oder unvollständige, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote oder Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte und unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.

Gemäß Abs.3 hat der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Soweit sich die Antragstellerin in ihrem Vorbringen auf EU-Regelungen bezieht, ist auszuführen, dass diese in den von ihr angezogenen Bereichen vollständig in das BVergG 2006 innerstaatlich umgesetzt wurden, sodass auf diese im Folgenden nicht mehr gesondert eingegangen wird.

4.5. Nach dem System des BVergG der gesondert anfechtbaren Entscheidungen - hier relevant der Ausschreibung, des Ausscheidens eines Angebotes und der Zuschlagsentscheidung - können bestimmte Festlegungen des Auftraggebers nur innerhalb bestimmter Fristen angefochten werden. Dadurch wird das Vergabeverfahren in verschiedene Abschnitte unterteilt. Erfolgt keine frist-

gerechte Anfechtung, so werden alle vorangegangenen Teile des Vergabeverfahrens bestandskräftig.

Dies trifft auch im gegenständlichen Fall zu. Da die Antragstellerin erst ihr Ausscheiden angefochten hat, sind die Ausschreibung und die darin gemachten Festlegungen auch hinsichtlich der Produktauswahl und der technischen Spezifikationen bestandskräftig und muss sie diese gegen sich gelten lassen. Es waren somit exakt diese Spezifikationen zu erfüllen. Dabei ist es auch unerheblich, ob es sich um eine auf ein spezielles Produkt oder einen speziellen Hersteller zugeschnittene Leistungsanforderung handelt. Überdies hat auch eine weitere Bieterin wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin Produkte des Fabrikates x angeboten. Überdies ist es keine Wettbewerbsverzerrung, wenn ein Unternehmen, das selbst Hersteller eines Produktes ist oder Nahebeziehungen zu diesem hat einerseits selbst anbietet und andererseits auch als Lieferant für Drittbietern auftritt. Dabei ist es auch nicht verwerflich, wenn es dabei allfällige Kostenvorteile und das Wissen über Handels- und Marktpreise nützt.

Hätte die Antragstellerin zu den inhaltlichen Anforderungen Bedenken gehabt, so hätte allenfalls vor Angebotsabgabe eine diesbezügliche Bieteranfrage gestellt werden können und wäre die Ausschreibung anzufechten gewesen. Sie hat aber beides unterlassen. Falls sie sich hier auf bloße eigene Interpretationen und Rechtsanschauungen verlässt, so erfolgt dies auf ihr eigenes Risiko.

4.6. In der gegenständlichen Ausschreibung waren keine Alternativangebote zugelassen, auch Abänderungsangebote sind nicht gelegt worden, sodass im konkreten Fall eine Prüfung, ob das Angebot als solches gleichwertig ist nicht zu erfolgen hatte, sondern die Prüfung nur hinsichtlich der Ausschreibungskonformität des Angebotes vorzunehmen war.

4.7. Hinsichtlich der fachlichen Kompetenz einer sachverständigen Prüfung durch die eingesetzten Prüfer bestehen aus Sicht des unabhängigen Verwaltungssenates keine Bedenken. So waren die eingesetzten Prüfer durchaus fachkundig und lag die Tätigkeit in ihrem üblichen langjährigen Tätigkeitsbereich. Darüber hinaus wurde sogar eine Nachprüfung des Prüfberichtes durch einen ebensolch versierten mit der ersten Angebotsprüfung und Erstellung des LV nicht befassten Prüfer vorgenommen. Anhaltspunkte für eine Abhängigkeit oder ein besonderes Naheverhältnis der beiden einvernommenen Prüfer zueinander oder zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin haben sich im Verfahren nicht gezeigt. Somit wurden die Vorgaben des § 122 BVergG 2006 erfüllt.

Die Prüfergebnisse wurden auch in der öffentlichen mündlichen Verhandlung zumindest für die unter 3.3.4. angeführten Positionen für den Unabhängigen Verwaltungssenat verständlich und nachvollziehbar erläutert, sodass keine

zusätzliche Angebotsprüfung und die Beiziehung von weiteren Sachverständigen erforderlich waren.

Die Antragstellerin hat zum Teil in eigenen Angaben im sog. Bieterücklauf selbst hier Abweichungen zugestanden, die sie natürlich gegen sich gelten lassen muss. Dass es sich dabei um eine Aufklärung iSd BVergG handelt, erschließt sich schon aus dem Text der übersendeten Tabellen in denen hier "von technischer Aufklärung" gesprochen wurde.

Die vorgenommenen Abänderungen in der fachtechnisch korrigierten Zusammenführung des Bieterücklaufes sind als Ergebnisse der Angebotsprüfung zulässig und basieren auf der fachlichen Beurteilung der Angebotsprüfer. Auch dass dem Zweitprüfer Herrn Opitz nicht die Originalbieterückläufe zur Verfügung standen, ändert nichts am Prüfergebnis, da dieser nach seinen Angaben nochmals die Ausschreibungskonformität geprüft hat und ihm dabei u.a. auch eine Zusammenführung der Originalbieterückläufe zur Verfügung stand. Es war überdies nur eine Überprüfung der bereits erfolgten Angebotsprüfung und stellt eine zusätzliche fachliche Bestätigung dar.

4.8. Die Angebotsprüfung hat zumindest für die unter 3.3.4. angeführten Positionen des Angebotes der Antragstellerin ergeben, dass keine ausschreibungskonformen Produkte angeboten wurden, die den geforderten technischen Spezifikationen entsprechen. In diesen Positionen sind auch keine Leitprodukte genannt, sodass hierzu auch keine Gleichwertigkeitsprüfung vorzunehmen war.

Einer Auslegung, wonach mangels Leitprodukten in einem solchen Fall generell sich die Gleichwertigkeit auf die ausgeschriebenen Produkteigenschaften und somit die technischen Spezifikationen bezieht, kann seitens des Unabhängigen Verwaltungssenates nicht gefolgt werden, da dies weder in der Systematik und Struktur des BVergG noch im wörtlichen Gesetzeswortlaut gedeckt ist. Eine solche Auslegung würde die Regelungen hinsichtlich der Leistungsbeschreibung insbesondere der technischen Spezifikationen geradezu ad absurdum führen. So erlaubt das Gesetz sogar nur in Ausnahmefällen die Nennung von Leitprodukten und damit eine Gleichwertigkeitsprüfung. Würde man dieser Anschauung folgen, so wäre eine solche aber praktisch der Regelfall.

Im Übrigen sind im gesamten LV sehr wohl einzelne Leitprodukte angeführt, wie in 3.3.3. beschrieben, wodurch für die Formulierungen hinsichtlich Gleichwertigkeit in der Ausschreibung eine Sinnerfüllung und ein Konnex entsteht und diese sich daher auch nur auf diese ausdrücklich angeführten Leitprodukte und nicht auf die gesamten in der Ausschreibung gestellten Anforderungen beziehen.

Die insbesondere verlangte funktionale und optische Gleichwertigkeit in Position 00.11.31 Z der Vergabebestimmungen gilt nur für die in der Ausschreibung explizit angeführten Leitprodukte und nicht für die gesamte Ausschreibung. Doch ist auch diese Formulierung im Gesamtzusammenhang mit den Inhalten und Formulierungen der gesamten Ausschreibung für einen objektiven verständigen Bieter wohl so zu verstehen, dass damit nur der besondere Aspekt der funktionalen und optischen Komponenten der Gleichwertigkeit hervorgehoben werden sollte, aber natürlich auch den rein technischen Parametern entsprochen werden muss. Aber wie bereits ausgeführt kommt dieser Abschnitt für die behandelten Abweichungen gar nicht zur Anwendung.

Damit ist in der Gesamtzusammenschau auch für einen objektiven verständigen Bieter der Regelungsinhalt klar und zeigt sich auch kein Ansatz für eine Auslegung im Zweifel zugunsten der Antragstellerin.

Wenn im Prüfbericht zum Angebot der Antragstellerin davon gesprochen wird, dass in einzelnen Leistungspositionen keine Gleichwertigkeit in Bezug auf die Leistungsbeschreibung besteht, so bedeutet dies nicht, dass inhaltlich eine Gleichwertigkeitsprüfung vorgenommen wurde, sondern die angebotenen Produkte als nicht ausschreibungskonform angesehen wurden.

Auch die Abschlussformulierung des Prüfberichtes: "Somit hat auch dieses Angebot in Anlehnung an § 129 Abs. 1 Satz 7 BVergG auszuscheiden, da es fachtechnisch somit mangelbehaftet erscheint und dieser Mangel nicht durch Anwendung von § 106 Abs. 7 BVergG behoben werden kann, da in der Leistungsbeschreibung keine Erzeugnismennung, z.B. mit Angabe von Fabrikat und Typ, ergänzt durch den Zusatz "oder gleichwertig" erfolgt ist." bestätigt den Umstand, dass gerade keine Gleichwertigkeitsprüfung durch die Angebotsprüfer vorgenommen wurde. Wenn in der Begründung der Ausscheidensentscheidung ausgeführt wurde, dass "bei diversen Positionen die Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte gegenüber den Mindestanforderungen der Ausschreibung durch den Bieter nicht nachgewiesen werden konnte, insbesondere für das angebotene Mischpult mit Audionetzwerk, bei welchem nach fachtechnischer Prüfung auf den Wortlaut der Leistungsbeschreibung bezogen, festgestellt werden musste, dass erhebliche Unterschiede bestehen und damit die Erfüllung in der Ausschreibung festgelegter Kriterien für das angebotene Produkt nicht vollständig nachgewiesen werden konnte", so ist dies zwar keine exakte rechtliche Formulierung, bringt aber in der Gesamtzusammenschau auch für einen verständigen Bieter zum Ausdruck, dass kein ausschreibungskonformes Angebot vorgelegen hat, zumal ja eine Gleichwertigkeitsprüfung nur bei Leitprodukten vorgesehen ist. Durch diese Erklärung und auch die über Aufforderung fristgerechte Übersendung des Prüfberichtes samt fachlich

korrigiertem Biiterrücklauf war die Antragstellerin keinesfalls an der Stellung eines begründeten Nachprüfungsantrages gehindert, wie auch ihre Ausführungen in diesem zeigen.

Durch die obigen Ausführungen erübrigt sich auch ein Sachverständigen-gutachten zur Frage einzuholen, ob das Angebot in optischer und funktioneller Hinsicht der Ausschreibung entspreche.

4.9. Eine weitere Aufklärung vor der Mitteilung der Ausscheidensentscheidung war nicht erforderlich, da für eine solche im Sinne des § 126 Abs.1 BVergG 2006 keine weiteren Unklarheiten mehr vorlagen, sondern die fehlende Ausschreibungskonformität schon klar ersichtlich war.

4.10. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass seitens der Auftraggeberin aufgrund der bestandskräftigen Ausschreibung eine ordnungsgemäße Angebotsprüfung erfolgt ist, mit dem Ergebnis, dass zumindest bezüglich der unter 3.3.4. angeführten Positionen das Angebot der Antragstellerin mangels Ausschreibungskonformität auszuschneiden war. Die Grundsätze des § 19 Abs.1 BVergG 2006 wurden diesbezüglich eingehalten. Schon aufgrund dieser Verfahrensergebnisse war die Entscheidung klar und es erübrigt sich ein Eingehen auf weitere Punkte. Daher sind auch die geäußerten Vorbehalte hinsichtlich einer unvollständigen Angebotsprüfung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin z.B. hinsichtlich ihrer Eignung nicht mehr relevant und ist darauf nicht näher einzugehen. Im Übrigen erweisen sie sich auch als unzutreffend.

4.11. Ein Ausscheidungsgrund bezüglich der Tätigkeiten von Herrn x im liegt nach Ansicht des Unabhängigen Verwaltungssenates gerade noch nicht vor. So liegt zwar in seinen Tätigkeiten der Erstellung von Großteilen des Leistungsverzeichnisses und seinem Wechsel zur Antragstellerin während laufender Angebotsfrist eine mittelbare Beteiligung der Antragstellerin an der Erarbeitung von Angebotsunterlagen vor.

Dass ein Arbeitnehmer des Bieters zum Auftraggeber wechselt ist keine unbedingte Voraussetzung für die Rechtsfolgen des § 20 Abs.5 BVergG 2006.

Dadurch, dass Herr x aber erst nach Beendigung seiner Tätigkeit der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen zur Antragstellerin gewechselt hat, konnte diese die Ausschreibungsbedingungen nicht mehr in einem für sie günstigen Sinne beeinflussen.

Schon nach dem Gesetzeswortlaut des § 20 Abs.5 BVergG ist eine bloße Gefährdung oder Beeinträchtigung des Wettbewerbes nicht ausreichend, sondern wird dezidiert der Ausschluss des Wettbewerbes verlangt.

Dass entsprechend seinem Wissensvorsprung andere Bieter als die Antragstellerin keine Chance auf den Zuschlag hätten, kann schon aufgrund der Ergebnisse dieses Vergabenaachprüfungsverfahrens ausgeschlossen werden. Da er nur untergeordnete Arbeiten bei der Angebotserstellung verrichtet hat und offenbar auch nutzbringendes Wissen über die Auslegung des Leistungsverzeichnisses nicht weitergegeben hat, ist im speziellen Einzelfall hier die Schwelle des Wettbewerbsausschlusses nicht erreicht worden. Auch ist durch das Vorliegen einer detaillierten konstruktiven Leistungsbeschreibung kein besonderer Wettbewerbsvorsprung gegeben, zumal allen Bietern die gleichen Unterlagen einschließlich zweier Nachsendungen, an denen Herr x keinesfalls mehr mitgewirkt hat, für die Angebotserstellung zur Verfügung standen. Auch die Angebotsfrist von nahezu zwei Monaten und damit auch die Möglichkeit innerhalb dieser Frist Bieteranfragen bei Unklarheiten zu stellen, relativiert einen allfälligen Informationsvorsprung.

Wenngleich durch die Gesamtumstände durchaus eine schiefe Optik entstanden ist, reicht diese aus den oben angeführten Gründen nicht für ein Ausscheiden des Angebotes gemäß § 129 Abs.1 Z1 BVergG 2006 aus.

4.12. Die Anträge in bzw. nach der öffentlichen mündlichen Verhandlung, dass die Zuschlagserteilung nicht erfolge oder den Zuschlag an sie zu erteilen oder die Ausschreibung aufzuheben und produktneutral neu auszuschreiben, sind sofern sie sich gegen die Zuschlagsentscheidung oder Ausschreibung richten gemäß § 4 Oö VergRSG 2006 als verspätet, falls sie sich tatsächlich gegen die Zuschlagserteilung richten bzw. eine positive Zuschlagserteilung oder eine Neuausschreibung begehren als unzulässig, da im Gesetz nicht vorgesehen, zurückzuweisen.

4.13. Da somit das Ausscheiden zu Recht erfolgt ist, hat die Antragstellerin somit nicht einmal teilweise obsiegt und wurde auch nicht klaglos gestellt. Daher kommt auch ein Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren iSd § 23 Abs.1 und 2 Oö. VergRSG nicht in Betracht.

Da aber die gegenständliche Ausschreibung als Los eines gesamten Bauauftrages erfolgt ist, sind gemäß § 22 Abs. 2 Oö. VergRSG nur die Pauschalgebühren für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten. Daher werden der Antragstellerin 50% der von ihr geleisteten Pauschalgebühren rücküberwiesen.

5. Im gegenständlichen Verfahren sind für die Antragstellerin Stempelgebühren in der Höhe von 90,70 Euro angefallen, welche binnen 14 Tagen auf das Konto bei der x, IBAN x, BIC x, Empfänger: x, einzuzahlen sind.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis:

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb von sechs Wochen ab seiner Zustellung eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und/oder an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden; diese muss – von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen – jeweils von einer bevollmächtigten Rechtsanwältin oder einem bevollmächtigten Rechtsanwalt eingebracht werden. Für jede dieser Beschwerden ist eine Eingabegebühr von 220 Euro zu entrichten.

Dr. Klempt

Geschäftszeichen:

Datum:

VwSen-550581/16/Wim/Pe**VwSen-550583/15/Wim/Pe****Linz, 15. November 2011**

E r k e n n t n i s

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich hat durch seine 6. Kammer (Vorsitzende: Dr. Ilse Klempt, Bericht: Dr. Leopold Wimmer, Beisitzer: Mag. Thomas Kühberger) über die Anträge der x AG, x, vertreten durch x Rechtsanwälte GmbH, x, x, vom 15.9.2011 auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren der x GmbH betreffend das Vorhaben „Musiktheater x, Paket 8/2 Audio-Video“ und auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 18.10.2011 zu Recht erkannt:

Den Anträgen wird keine Folge gegeben.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1, 2, 7 und 23 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 – Oö. VergRSG 2006, LGBl. Nr. 130/2006
idgF iVm §§ 19, 122, 123, 126 und 129 Abs.1 Z7 Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006,
BGBl. I Nr. 17/2006 idgF.

Entscheidungsgründe:

1. Mit Eingabe vom 16. September 2011 hat die x (im Folgenden: Antragstellerin) Anträge auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren, zu untersagen, gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 3.750 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass die Auftraggeberin mit Bekanntmachung vom 25. März 2011, veröffentlicht im Supplement zum ABI 2011/S 59-095432, ein Vergabeverfahren betreffend die Beschaffung der bühnentechnischen Audio-/Videoanlagen samt elektronischer Ausstattung für das neue Musiktheater x eingeleitet habe und es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich handle. Der Auftragswert des gegenständlichen Teils liege deutlich unter dem EU-Schwellenwert von 4,845.000 Euro. Die Planung und die Angebotsprüfung erfolgte durch die x AG (DE).

Nach Zitierung des Pkt. 00.11.31.Z der Vergabebestimmung wurde vorgebracht, dass das über 700-seitige Leistungsverzeichnis (LV) an keiner einzigen Stelle ein bestimmtes Fabrikat enthalte (Leitfabrikat). Die zitierte Vergabebestimmung gehe davon aus, dass im LV Produkte genannt seien (arg: „im LV angeführten Produkte“). Die Bestimmung, wonach die „im LV angeführten Produkte“ als beispielhafte Beschreibung zu betrachten seien, könne sich somit nur auf die im LV (ohne Leitfabrikat) festgelegten Anforderungen beziehen und seien diese Anforderungen insofern mit dem „Produkt“ gleichzusetzen. Andernfalls wäre die gegenständliche Vergabebestimmung überflüssig. In Pkt. 4 des von der Auftraggeberin vorgegebenen Angebotsschreibens (ebenfalls Teil der Ausschreibungsunterlage) sei korrespondierend zur genannten Vergabebestimmung eine vom Bieter mit Ja oder Nein ankreuzbare Erklärung enthalten. Die Ausschreibung (insbesondere das LV) enthalte keinerlei Leitfabrikate. Der Ausdruck „gilt das in der Ausschreibung als Beispiel angeführte Erzeugnis als angeboten“, könne sich daher wiederum nur auf die in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen beziehen. Zumindest liege eine unklare Formulierung vor, die im Zweifelsfalle zugunsten der Antragstellerin auszulegen wäre.

Die Angebotsöffnung sei am 16. Mai 2011 erfolgt, wobei die (Netto)Gesamtpreise der Bieter, wie nachstehend angeführt, verlesen wurden.

1. x (DE)	3.199.836,80 Euro
2. x (DE)	3.358.494,91 Euro
3. x AG (AT)	3.585.091,77 Euro
4. x GmbH (DE)	3.670.292,36 Euro
5. x (DE)	3.732.796,49 Euro
6. x (AT)	3.910.000,00 Euro
7. x (AT)	4.095.464,39 Euro

Die Antragstellerin sei an dritter Stelle gereiht. Zuschlagskriterium sei der Preis.

Am 6. September 2011 sei die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden und die Zuschlagserteilung zu Gunsten der x GmbH zu erteilen, mitgeteilt worden. Aufgrund der preislichen Reihung der Bieter und der

Festlegung des Billigstbieterprinzips ergebe sich, dass die Auftraggeberin die ersten drei Bieter ausgeschieden und dem viertplazierten Bieter den Zuschlag erteilen wolle.

Die Ausscheidensentscheidung sei damit begründet worden, dass bei diversen Positionen die Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte gegenüber den Mindestanforderungen der Ausschreibung nicht nachgewiesen worden seien. Auf den Wortlaut der Leistungsbeschreibung bezogen, seien erhebliche Unterschiede festgestellt und seien die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien, insbesondere für das angebotene Mischpult mit Audionetzwerk, den angebotenen Studiohallprozessor und die angebotenen 32" Monitore, nicht erfüllt worden. Eine konkrete Angabe, welche Positionen nicht den Anforderungen entsprechen würden, welche erheblichen Unterschiede vorlägen und welche Anforderungen nicht erfüllt worden seien, fehle der Begründung völlig.

Über gesonderte Aufforderung sei der Antragstellerin am 12. September 2011 eine Wertung der Angebote übermittelt worden. Darin sei erstmals angeführt worden, welche Anforderungen nicht erfüllt seien. Die in der Wertung der Angebote genannten Kritikpunkte seien aber allesamt unzutreffend und offenbar an einer ausschließlich dem Wortlaut der Leistungsbeschreibung folgenden Auslegung orientiert.

So sei u.a. beanstandet worden, dass die angebotenen 32" Monitore keinen DVI-Eingang besitzen würden. Tatsächlich würden die angebotenen Monitore über 3 HDMI-Eingänge verfügen. Einem fachlich versierten Angebotsprüfer hätte klar sein müssen, dass es sich bei HDMI-Schnittstellen lediglich um weiterentwickelte DVI-Schnittstellen handle, wobei diese voll abwärtskompatibel seien. An die drei Eingänge der angebotenen 32" Monitore könnten auch DVI-Geräte angeschlossen werden und würden diese somit sehr wohl über einen DVI-Eingang verfügen.

Weiters sei bemängelt worden, dass die 32" Monitore nicht nach ISO 13406-2 eine Klassifikation Cl.2 besitzen würden. Die Klassifizierung besage aber im Wesentlichen bloß, wie viele Pixel des Monitors (LCD-Monitor) defekt sein dürften. Die angebotenen Monitore würden diese Anforderung erfüllen bzw. würden diese bei Überschreitung der zulässigen Pixeldefekte als Gewährleistungsfall ausgetauscht werden.

Auch für alle übrigen Anforderungen gelte, dass diese entgegen der von der x AG verfassten Wertung der Angebote vom 6. Juli 2011 erfüllt seien.

Ungeachtet des Umstandes, dass das Angebot der Antragstellerin alle Anforderungen der Ausschreibung erfülle, sei festzuhalten, dass die Leistungsbeschreibung letztlich auf das System eines bestimmten Herstellers, nämlich der präsumentiven Zuschlagsempfängerin, abgestimmt sei.

Zunächst sei bemerkenswert, dass die preislich drei erstgereihten Bieter ausgeschieden worden seien. Das Ausscheiden aller Angebote werde vermutlich auf die unzähligen Anforderungen des LV gestützt, was eine sehr einschränkende Festlegung oder zumindest einschränkende Interpretation dieser Anforderungen nahelege. Die im LV definierten Anforderungen seien von der Antragstellerin zum Teil übererfüllt worden, während das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hergestellte und vermutlich auch angebotene System diese Anforderungen (nur) exakt erfülle: So sei in der Pos. 01.01.02.00 0 des LV (Digitale Mischpulte) folgende Anforderung enthalten: „-128 Summierbusse gleichzeitig nutzbar“. Bei den von der Antragstellerin angebotenen Mischpulten seien 144 Summierbusse gleichzeitig nutzbar. Dem gegenüber verfüge das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hergestellte Fabrikat x nach den im Internet veröffentlichten Informationen exakt über die im LV festgelegten 128 Busse.

Der damit begründete Verdacht, dass das LV auf ein bestimmtes Produkt bzw. dessen Hersteller zugeschnitten sei, möge dem UVS vordergründig im Hinblick auf die Präklusionsbestimmungen nicht relevant erscheinen. Es werde aber darauf hingewiesen, dass die x AG von der Auftraggeberin nicht nur mit der Prüfung der Angebote sondern auch mit der Erstellung des LV betraut gewesen sei. Die Beziehung der x AG für die Angebotsprüfung sei daher weiterhin auch vergaberechtlich zumindest im Hinblick auf § 122 BVergG von Bedeutung. Es bedürfe keiner näheren Erörterung, dass von einem produktspezifisch zugeschnittenen LV in der Regel jener Unternehmer profitiere, der das betreffende Produkt herstelle. Sogar wäre es möglich, dass die Ursachen für das auf das Produkt der präsumtiven Zuschlagsempfängerin abgestimmte LV in der Sphäre der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu suchen seien, was wiederum insbesondere im Hinblick auf § 20 Abs.5 iVm § 129 Abs.1 Z1 BVergG relevant wäre.

Durch Abgabe eines umfassenden Angebots, die Korrespondenz mit der Auftraggeberin und durch die Einbringung des Nachprüfungsantrages sei ein Interesse am Vertragsabschluss nachgewiesen worden. Im Fall der Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidungen und der rechtswidrigen Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter wären auch jene Kosten frustriert, die bis dato durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstanden seien, und zwar Kosten von mindestens 15.000 Euro. Des Weiteren entstünde ein Schaden durch den entgangenen Gewinn. Überdies seien die entrichteten Pauschalgebühren sowie die Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung ebenfalls Bestandteil des Schadens. Zudem drohe auch der Verlust eines Referenzprojekts.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf

- Angebotsprüfung durch von den Bietern unabhängige Sachverständige,
 - Angebotsprüfung nach den vergaberechtlichen Vorgaben,
 - Nichtausscheiden und Berücksichtigung ihres Angebots,
 - Zuschlagsentscheidung und Erteilung des Zuschlags zu ihren Gunsten und darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an sie in Betracht komme und
 - Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den vergaberechtlichen Vorschriften und Grundsätzen,
- verletzt.

Die Durchführung der Angebotsprüfung durch nicht unabhängige Sachverständige, die unzureichende Begründung der Ausscheidensentscheidung, der mangelnde Ausscheidensgrund wegen Gleichwertigkeitserklärung im Angebot und der mangelnde Ausscheidensgrund wegen Erfüllung der Anforderungen wurden als Vergabeverstöße geltend gemacht und im Detail ausgeführt.

2. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat die x GmbH als Auftraggeberin und die x GmbH als präsumtive Zuschlagsempfängerin am Nachprüfungsverfahren beteiligt.

2.1. Mit Stellungnahme vom 23.9.2011 wurde von der Auftraggeberin zusammengefasst nach Schilderung des Sachverhaltes über den Ablauf des Vergabeverfahrens im Wesentlichen vorgebracht, dass für den Fall, dass der mit seinem Angebot preislich vor der Antragstellerin gereichte Bieter im laufenden Parallelverfahren mit seinem gegen die Ausscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag durchdringen sollte, das Angebot des Bieters lediglich zweitgereiht wäre und die Antragstellerin damit auch bei Zutreffen der behaupteten und von der Auftraggeberin bestrittenen Rechtsverletzung keine echte Chance auf Zuschlagserteilung hätte. Der Antragstellerin würde somit kein Schaden iSd § 3 Abs.1 Oö. VergRSG drohen und ihr damit die Antragslegitimation fehlen.

Weiters liege keine Ausschreibungskonformität des Angebotes der Antragstellerin vor. Sämtliche Angebote seien insbesondere darauf und auf die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der angebotenen Preise sachverständig aufgrund ausreichend detaillierter Unterlangen geprüft worden. Diese sachverständige Angebotsprüfung habe festgestellt, dass das Angebot der Antragstellerin nicht den von der Auftraggeberin in der Ausschreibung festgelegten technischen Kriterien entspreche. Die Abweichungen des Angebotes von den Festlegungen seien im Prüfbericht im Detail nachvollziehbar und sei dieser Prüfbericht auch der Antragstellerin übermittelt worden. Ungeachtet der von den deutschen Angebotsprüfern in ihrem Prüfbericht verwendeten Terminologie stehe

fest, dass das Angebot der Antragstellerin mangels Ausschreibungskonformität auszuschneiden gewesen sei. Die von den Prüfern festgestellte fehlende Gleichwertigkeit des Angebotes gegenüber den Mindestanforderungen sei im Sinne des Verständnisses der Angebotsprüfer auf die ausgeschriebene Leistung bzw. das LV zu beziehen.

Daran, dass die Antragstellerin kein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe, ändere auch das Ankreuzen der Erklärung gemäß Punkt 4 des Angebotsschreibens hinsichtlich der Lieferung von Leitprodukten bei fehlender Gleichwertigkeit nichts, da sich dieser Punkt ausschließlich auf jene Positionen im LV beziehe, hinsichtlich derer von der Auftraggeberin ein Leitprodukt vorgegeben worden sei, nicht jedoch auf die ausgeschriebene Leistung schlechthin. Die von der Antragstellerin nach ihrem Verständnis zugrunde gelegte Auslegung würde in letzter Konsequenz bedeuten, dass ihr Angebot mit dem Ankreuzen der Erklärung überhaupt einer technischen Prüfung entzogen wäre.

Mit der Prüfung der Eignung der Bieter und der Angebote im Rahmen von Vergabeverfahren habe die Auftraggeberin die mit der Planung der Bühnentechnik beauftragte x, x (x), beauftragt, welche sich dazu der sachverständigen x AG, x, bedient habe. Bei x habe Herr x und Herr x von der Niederlassung der x bzw. der x GmbH in x die Prüfung der Angebote durchgeführt und festgestellt, dass die Antragstellerin (insbesondere in technischer Hinsicht) kein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe. Die ordnungsgemäße Durchführung der Angebotsprüfung und der Prüfbericht von x/x seien schließlich im Auftrag der Auftraggeberin zusätzlich von der x GmbH, x, mit dem zuständigen Bearbeiter, Herrn x überprüft und das Prüfergebnis bestätigt worden. Das Angebot der Antragstellerin sei daher mangels Ausschreibungskonformität gemäß § 129 Abs.1 Z7 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen.

Die Berufung der Antragstellerin auf die Zweifelsregeln im Hinblick auf die Auslegung angeblich unklarer Regelungen in den Ausschreibungsunterlagen gehe ins Leere. Ein Bieter könne nicht das eigene Verständnis von Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen zugrunde legen, wenn für diese Interpretation bei objektiver Betrachtung eines verständigen Empfängers kein Raum bleibe. Die Antragstellerin habe in keinem Stadium des Verfahrens eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen verlangt geschweige denn überhaupt mitgeteilt, dass die Auslegung dieser Bestimmung unklar sei oder eine entsprechende Bieteranfrage gestellt. Sie müsse daher eine allenfalls unklare Formulierung gegen sich gelten lassen.

Die Mitteilung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung durch die Auftraggeberin sei ausreichend begründet gewesen. Gegenstand der Begründung der Zuschlagsentscheidung sei der Preis bei dem zur Anwendung gelangenden Billigstbieterprinzip gewesen. Eine über den Preis hinausgehende Begründung, etwa eine solche, die auch weitere Vorteile des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebotes miteinbeziehe, wäre rechtswidrig.

Die Ausscheidensentscheidung müsse dagegen nur darlegen, aus welchen Gründen das Angebot des Bieters ausgeschieden worden sei, damit ein Bieter entscheiden könne, gegen diese Ausscheidung ein Nachprüfungsverfahren anzustrengen. Nicht gefordert werden könne, dass die Begründung das Ausmaß des Prüfberichtes annehme und sämtliche technische Abweichungen zur ausgeschriebenen Leistung minutiös anführe. Dazu stünde dem Bieter ohnedies die Möglichkeit offen, den Prüfbericht beim Auftraggeber anzufordern, wovon die Antragstellerin auch Gebrauch gemacht habe. Die gegenständliche Begründung der Ausscheidensentscheidung sei konkret und prägnant gewesen und seien der Antragstellerin die wesentlichsten Abweichungen zur ausgeschriebenen Leistung mitgeteilt worden. Eine allfällige Bekämpfung des Ausscheidens sei dadurch nicht erschwert oder behindert worden.

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin seien im LV sehr wohl bestimmte Leitprodukte angegeben gewesen, wie z.B. in der Pos. 06.01.02.39 0 Audio-PC betreffend das Leitprodukt Apple Mac Pro.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe auf die Erstellung der Ausschreibungsunterlage weder unmittelbar noch mittelbar in irgendeiner Weise Einfluss genommen. Die Unabhängigkeit der Angebotsprüfer sei daher in keinsten Weise beeinträchtigt gewesen.

2.2. Von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurden mit Eingabe vom 26.9.2011 rechtzeitig begründete Einwendungen erhoben und darin zusammengefasst im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin selbst nach ihrem eigenen Vorbringen wegen Fehlens der Klassifikation Cl.2 nach ISO 13406-2 hinsichtlich der angebotenen 32" Monitore der LV Pos. 01.03.03.02 0, 01.03.03.03 0, 01.03.03.07 0 auszuschneiden sei. Beim Fehlen einer solchen Zertifizierung handle es sich nicht um Fragen der technischen Gleichwertigkeit von Produkten, denn eine Zertifizierung sei eine Bestätigung einer unabhängigen und zivilrechtlich für Fehlzertifizierungen haftbaren sachkundigen und behördlich zugelassenen Stelle, dass die Norm eingehalten werde. Selbst bei Anwendung der verfehlten Interpretation der Antragstellerin, wonach die Regelung der Gleichwertigkeit in Pos. 00.11.31 Z auch bei Positionen zur Anwendung gelange, wo keine Leitprodukte ausgeschrieben worden seien, wäre die Regelung auf den Fall des Fehlens der Zertifizierung nicht anwendbar, da es dort nicht um die

technische Gleichwertigkeit sondern um die rechtlich besondere Qualität des von einer unabhängigen Stelle ausgestellten Zertifikates gehe.

Die Pos. 00.11.31 Z der Vergabebestimmungen hinsichtlich der Gleichwertigkeit könne nur auf die Teile des LV angewendet werden, hinsichtlich derer ausdrücklich Leitprodukte vorgegeben worden seien. So sei dies in den Pos. 01.01.03.03 0, 02.01.05.03 0 und 06.01.02.39 0 bei der Beschaffung von Audio-PCs vorgegeben. Weiters fänden sich Leitprodukte in den Pos. 01.01.03.09 0 für eine Audio-Recording-Software (Produkt der Firma Drenkelfort) und Pos. 01.01.06 0 Z für Mikrofone (z.B. Shure SM58).

Völlig irrelevant sei das Angebot der Antragstellerin im Gewährleistungsfall entsprechendes zu liefern. Weiters sei entgegen den Ausführungen der Antragstellerin der Standard HDMI nicht bloß eine Weiterentwicklung von DVI, der ohnehin abwärtskompatibel sei, sondern sei dies ein technisch wesentlich leistungsfähigerer Standard, der sich aber von den einfachen Standards in Störanfälligkeit, Lebensdauer, Wartungsbedarf und Kosten der Instandhaltung nachteilig unterscheide.

Die Ausscheidensentscheidung sei auch ausreichend begründet worden und habe die Antragstellerin auch den für sie betreffenden vollständigen Prüfbericht erhalten, sodass sie bei Erstellung des Nachprüfungsantrages jedenfalls nicht behindert worden sei. Zur vorgeblich produkt- bzw. bieterspezifischen Ausschreibung gestehe die Antragstellerin selbst ein, dass ihr Vorbringen keine Sachrelevanz besitze, weil die Ausschreibung bestandsfest geworden sei. Auch die vorgebliche Mitwirkung von Sachverständigen bei der Angebotsprüfung, die von den Bietern nicht unabhängig seien, sei völlig unsubstantiiert.

Da die Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei, fehle es ihr gemäß der ständigen Rechtsprechung an der Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung.

2.3. Mit Stellungnahme vom 3.10.2011 wurde von der Antragstellerin zu den Ausführungen der Auftraggeberin in der Form repliziert, als eine Antragslegitimation ihrerseits sehr wohl vorläge, da grundsätzlich das Angebot der ihr vorgereichten x GmbH ausgeschieden worden sei, sodass sie bei Zutreffen ihrer Antragsbehauptungen den Zuschlag erhalten müsse. Selbst ein Durchdringen von x würde bestenfalls zu einer vorläufigen Aufhebung der zu Lasten dieses Bieters getroffenen Ausscheidensentscheidung führen. Damit sei aber noch lange nicht gesagt, ob die x als präsumtiver Zuschlagsempfänger festzustellen sei, zumal der Unabhängige Verwaltungssenat für eine derartige Feststellung im ausschließlich gegen die Ausscheidensentscheidung gerichteten Nachprüfungsverfahren nicht zuständig sei. So könnte die

Ausscheidensentscheidung unzureichend begründet worden sein oder die Angebotsprüfung mangelhaft gewesen sein oder die geltend gemachten Ausscheidungsgründe unzutreffend sein. In jedem Fall könnten selbst bei nachfolgender Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der x von der Antragstellerin im Rahmen der Bekämpfung dieser Zuschlagsentscheidung immer noch andere Ausscheidungsgründe oder andere gegen eine solche Zuschlagsentscheidung sprechende Gründe ins Treffen geführt werden.

Aus dem Umstand, dass die Angebotsprüfung ausgerechnet von jenem Planer vorgenommen worden sei, der das auf die präsumtive Zuschlagsempfängerin zugeschnittene LV erstellt habe, ergäbe sich, dass entgegen § 122 BVergG kein von den Bietern unabhängiger Sachverständiger herangezogen worden sei und sei dieser Umstand im vorliegenden Fall für den Ausgang des Vergabeverfahrens von entscheidender Bedeutung.

Bei fehlender oder mangelhafter Angebotsprüfung habe die Nachprüfungsbehörde, die auf diese Angebotsprüfung gestützte Ausscheidensentscheidung jedenfalls für rechtswidrig und für nichtig zu erklären, ohne dass sie gehalten wäre, die unzureichende Angebotsprüfung anstelle des Auftraggebers durchzuführen. Selbst wenn die Angebotsprüfung vollständig und formal mängelfrei gewesen sei, könne sie natürlich inhaltlich unrichtig sein. In einem solchen Fall müsse sich die Nachprüfungsbehörde auch mit den Inhalten der Angebotsprüfung und deren Ergebnissen auseinandersetzen und habe die vermeintlichen Ausscheidungsgründe selbst durch Sachverständige zu prüfen.

Hinsichtlich der Auslegung der Gleichwertigkeitserklärung hätten keine Unklarheiten bestanden. Mangels im LV enthaltener Leitfabrikate könne sich diese nur auf die im LV festgelegten Anforderungen beziehen, da andernfalls die Aufnahme bzw. Abgabe einer solchen Erklärung völlig sinnlos wäre. Selbst wenn Zweifel oder Unklarheiten bestünden, wäre die Auslegung jedenfalls zu ihren Gunsten vorzunehmen. In der Pos. 06.01.02.39 sei kein Leitprodukt sondern nur ausdrücklich ein Apple Mac Pro gefordert worden, sodass auch nichts anderes angeboten werden dürfe, weil dazu entgegen § 98 Abs.8 BVergG keine Gleichwertigkeitskriterien angegeben seien, nach denen sich die Gleichwertigkeit eines anderen Produkts beurteilen ließe. Der nunmehrige Vortrag der Auftraggeberin widerspreche ihrem bisherigen eigenen Verständnis, weil in der Wertung der Angebote vom 6. Juli 2011 zutreffend festgestellt worden sei, dass die Ausschreibung keinerlei Leitfabrikate enthalte.

3.1. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die Vergabeunterlagen sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18.10.2011, in der unter Einbeziehung der Parteien,

ihrer Vertreter und durch die Einvernahme von an der Angebotsprüfung beteiligten Personen als Zeugen eine umfassende Erörterung der Sachlage erfolgte. Dabei wurde auch der Nachprüfungsantrag der preislich zweitgereihten Bieterin gegen die ihr mitgeteilte Ausscheidungsentscheidung der Auftraggeberin behandelt.

3.2.1. In dieser Verhandlung wurde von der Antragstellerin noch zusätzlich vorgebracht, dass sie die Ausschreibung deshalb nicht angefochten habe, da sie darauf vertraut habe, dass die Ausschreibungsbedingungen und die Inhalte des LV rechtskonform ausgelegt werden würden und sie daher die Ausschreibung erfülle.

Weiters hat sich der Rechtsvertreter der Antragstellerin ausdrücklich dagegen ausgesprochen, dass dem Zeugen x in Anwesenheit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der weiteren Antragstellerin x die Frage gestellt wird, ob das Angebot der Antragstellerin die vorerwähnten Anforderungen hinsichtlich Trittschallfilter und digital frei routbarem Signalprozessor erfülle. Weiters wurde für die Erörterung der Angebotsdetailprüfung ihres Angebotes beantragt, die präsumtive Zuschlagsempfängerin aufgrund befürchteter Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen von der Verhandlung auszuschließen.

Allgemein habe es vor der Ausscheidungsentscheidung zu den beanstandeten Abweichungen ihres Angebotes zur Ausschreibung keine Vorhaltungen und keine Aufklärungsgespräche gegeben, weshalb die Auftraggeberin ihre Angebotsprüfungspflicht verletzt habe.

Hinsichtlich der Formulierung betreffend die Klassifikation der Monitore bedeute dies nur, dass diese Eigenschaften erfüllt sein müssten, nicht aber, dass es hier ein eigenes Zertifikat dafür geben müsse. Wenn diese Eigenschaften verlangt worden seien, so hätten sie im Zuge der Angebotsprüfung getestet werden müssen. Die Antragstellerin wisse nicht, ob die Monitore das Zertifikat entsprechend der Klassifikation aufweisen würden. Bei rechtzeitigem Aufklärungsersuchen hätte sie jedoch genügend Zeit gehabt, hier die Angaben und Ausführungen des Lieferanten einzuholen und eine umfassende Aufklärung zu geben.

Allgemein stelle der sogenannte Bierrücklauf, in dem auf Aufforderung der Auftraggeberin nachträglich geforderte Angaben zu einer tabellarischen Aufstellungen von Produkteigenschaften gemacht worden seien, keine Aufklärung im rechtlichen Sinne dar. Es hätte daher noch eine gesonderte Aufklärung erfolgen müssen.

Im Rahmen des Schlussvorbringens wurden von der Antragstellerin die Aussagen der Zeugen x und x bestritten und insbesondere festgestellt, dass dem Zeugen x nicht die originalen Bieterangaben vorgelegt worden seien und daher für die Angebotsprüfung keine ausreichende Datengrundlage vorhanden gewesen sei.

3.2.2. Von der Auftraggeberin wurde in der öffentlichen mündlichen Verhandlung noch zusätzlich zusammengefasst im Wesentlichen vorgebracht, dass es auch in diesem Vergabeverfahren noch andere Bieter gegeben habe, die x-Produkte angeboten hätten. Die Angebotsprüfer, und zwar Herr x samt Herrn x sowie das Büro x, würden zueinander in keiner Beziehung stehen und seien völlig selbstständig. Es sei der Wunsch der Auftraggeberin gewesen, einen zweiten unabhängigen Angebotsprüfer die Angebote beurteilen zu lassen.

Vor der Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung habe keine Verpflichtung bestanden, eine Aufklärung zu verlangen, weil die mangelnde Ausschreibungskonformität hinsichtlich gewisser Positionen der Antragstellerin eindeutig festgestanden habe. Ansonsten würde die Aufklärungspflicht des Auftraggebers überspannt werden. Die Antragstellerin müsse die von ihr selbst gegebene Erklärung gegen sich gelten lassen. Beim gegenständlichen Biiterrücklauf habe das Begleitschreiben den Begriff „technische Aufklärung“ enthalten.

3.2.3. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in der öffentlichen mündlichen Verhandlung erklärt, dass sie sich dezidiert und förmlich gegen den Ausschluss aus der Verhandlung wegen befürchteter Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen während der Detailerörterung des Angebotes der Antragstellerin ausspreche.

3.3. Der Unabhängige Verwaltungssenat geht von folgendem entscheidungswesentlichen Sachverhalt aus:

3.3.1. Gegenstand des Vergabeverfahrens ist das Bauvorhaben „Musiktheater x; Paket 8/2 - Audio/Video“. Da die gegenständlichen bühnentechnischen Audio/Videoanlagen (samt elektronischer Ausstattung und Anlagen der Infrastruktur) fest eingebaut werden, handelt es sich um einen öffentlichen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens überschreitet den für Bauaufträge geltenden Schwellenwert. Für das Vergabeverfahren gelten daher die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 für den Oberschwellenbereich.

Auftraggeberin ist die x GmbH. Diese ist 100%ige Tochter der x GmbH, diese ist wiederum 100%ige Tochter der x GmbH, welche wiederum in 100%igem Eigentum des Landes Oberösterreich steht. Die Durchführung des

Vergabeverfahrens erfolgte durch die mit der Projektsteuerung betraute xgesellschaft mbH, x.

3.3.2. Die gegenständlichen Bauleistungen wurden am 25. März 2011 zu GZ 2011/S 59-095432 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union und in der Amtlichen Linzer Zeitung am 22. März 2011 bekanntgemacht. Entsprechend den Ausschreibungsunterlagen wurde zur Vergabe der gegenständlichen Leistungen das offene Verfahren gewählt. Der Zuschlag erfolgt auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip).

Die Antragstellerin hat die Ausschreibung nicht angefochten und auch nicht vor Angebotsabgabe eine Bieteranfrage hinsichtlich produktspezifischer Leistungs-festlegung gestellt.

Die öffentliche Angebotsöffnung fand am 16. Mai 2011 statt. Die eingegangenen Angebote wurden im Sinne des § 118 BVergG 2006 verlesen. Die Antragstellerin hat fristgerecht nur ein Hauptangebot zum Bruttopreis von 4,302.110,12 Euro gelegt und lag damit preislich an dritter Stelle. Ein gesondertes Abänderungs-angebot wurde nicht erstattet.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin x GmbH, x, x, x (im Folgenden „präsumtive Zuschlagsempfängerin“), legte ein Angebot zum Bruttopreis von 4,404.350,83 Euro und lag damit preislich an vierter Stelle.

Neben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hat auch eine weitere Bieterin Produkte der Marke x angeboten.

3.3.3. Punkt 4. des Angebotsschreibens der Ausschreibung lautet: „Erklärung gemäß § 106 Abs.7 BVergG: Für den Fall, dass die von mir/uns in den Bieterlücken ausgeschriebenen Erzeugnisse die Kriterien der Gleichwertigkeit nicht erfüllen, gilt das in der Ausschreibung als Beispiel angeführte Erzeugnis als angeboten.“. In der Folge finden sich über dem Klammerausdruck „Zutreffendes ankreuzen“ die Kästchen „Ja“ und „Nein“. Von der Antragstellerin wurde in ihrem Angebot diese Bieterlückenerklärung mit "Ja" bestätigt.

Nach Position 00.11. Z und 00.11.09 CZ der Vergabebestimmungen sind Alternativangebote nicht zulässig. Bezüglich Abänderungsangeboten finden sich in der Ausschreibung keinerlei Festlegungen.

Position 00.11.31 Z der Vergabebestimmungen lautet:

„Grundsätzlich sind alle im LV angeführten Produkte als beispielhafte Be-schreibungen zu betrachten.

Angebotene Produkte (angebotenes Produkt oder Erzeugnis:) sind in den jeweiligen Bieterlücken einzutragen.

Bei Angebot von Alternativprodukten hat der Bieter die Qualitätsgleichwertigkeit nachzuweisen. Die Gleichwertigkeit muss insbesondere in optischer und funktioneller Hinsicht gegeben sein.

Falls der Nachweis der Qualitätsgleichwertigkeit nicht erbracht wird, gelten die ausgeschriebenen beispielhaften Produkte als angeboten, sofern das Angebot eine Erklärung nach § 106 Abs.7 BVergG enthält (siehe hierzu Punkt 4 des Angebotsschreibens!). Falls keine solche Erklärung vorgelegt wird, ist das Angebot auszuschneiden, falls das angebotene Erzeugnis nicht gleichwertig ist.“

Die einmal von einem Bieter getroffene Wahl eines Herstellers ist für gleichartige Anlagenteile durchwegs beizubehalten. Es sind nur jene Erzeugnisse anzubieten, für die ein zuverlässiger und prompter Wartungs- und Servicedienst gegeben ist.“

Position 01.01.03.03 0 des Leistungsverzeichnisses lautet: „Audio-PC als Apple Mac Pro mit 2,66 GHz Dual-Core Intel Xenon Prozessoren“. Gleiche Angaben finden sich auch in den Pos. 02.01.05.03 0 und 06.01.02.39 0.

In der zweiten Nachsendung zur Ausschreibung vom 9. Mai 2011 auf die Frage zur Pos. 01.01.06 0 Z um Bekanntgabe der Leittypen für die Positionen der Leistungsgruppe „Mikrofone drahtgebunden“ lautete die Antwort u.a. „Fabrikat/Typ: Shure SM58“.

In Position 01.03.04.00 0 zum Videoaufnahme- und abspielequipment auf Seite 266 des LV findet sich die Formulierung „Mediaserver (Hippotizer HD oder gleichwertig)“.

3.3.4. In den Pos. 01.01.03.15 0, 02.01.05.17 0 und 06.01.02.15 0 wurde jeweils ein digitaler high-end Studiohallprozessor ausgeschrieben. Im zweiten Absatz der Positionen wurde ein Multi-Channel Hallsystem mit acht Kanälen AES/EBU In/Out einschließlich acht kanaliger Erweiterungseinheit verlangt. Seitens der Antragstellerin wurde ein analoges Gerät angeboten mit nur zwei Kanälen, das nicht erweiterbar ist.

In Pos. 01.01.04.00 0 auf Seite 109 des LV ist ein vierkanaliger fernsteuerbarer Mikrofonverstärker u.a. mit dem Dynamikbereich > 150 dB (A) gefordert. Das angebotene Produkt der Antragstellerin erreicht nur 131 dB (A). Weiters wird auf Seite 110 des LV zu dieser Position ein Hochpegelleistungseingang mit dem Dynamikbereich > 132 dB (A) verlangt. Das angebotene Produkt erreicht nur 110 dB (A). Dies wurde von der Antragstellerin in beiden Fällen auch selbst so angegeben.

In den vorangeführten Positionen sind keine ausdrücklichen Produkte angeführt.

3.3.5. Mit der Prüfung der Eignung der Bieter und der Angebote im Rahmen von Vergabeverfahren hat die Auftraggeberin die mit der Planung Bühnentechnik beauftragte x, x, x (nachfolgend „x“) beauftragt, welche sich dazu der sachverständigen x AG, x, x (im Folgenden „x“), bedient hat. Bei x haben x und Herr x von der Niederlassung der x in x bzw. der x GmbH, x, x, die Prüfung der Angebote durchgeführt. Die angebotsprüfende Stelle hat auch das Leistungsverzeichnis der Ausschreibung erstellt, wobei mit Schreiben vom 7.4.2011 bzw. 9.5.2011 zwei Nachsendungen an alle Bieter erfolgten.

Mit E-Mail vom 23.6.2011 wurde unter dem Betreff „Technische Aufklärung des Angebotsinhaltes“ eine Excel-Tabellenvorlage übermittelt, welche Anforderungen der Leistungsbeschreibung einschließlich der technischen Ausführungsbeschreibungen in Kurzform auflistet, wobei ersucht wurde, jede Zeile der Erfüllungsspalte mit Kennung 0, 1 oder 2 zu versehen, wobei 0 „nicht erfüllt/nicht angegeben“, 1 „Einschränkungen als gleichwertig angegeben“ und 2 „erfüllt vollständig die Anforderungen“ bedeutete. Überdies war 0 rot, 1 gelb und 2 grün gekennzeichnet. Weiters war es möglich, hier in einer Spalte erläuternde Bemerkungen anzuführen. Mit E-Mail vom 29. Juni 2011 wurde von der Auftraggeberin mit dem Begleittext: „Anbei die vollständig ausgefüllten Dokumente für die technische Aufklärung wie von ihnen gewünscht.“ dieses Verzeichnis rückübermittelt, wobei von der Antragstellerin im Bieterücklauf die Mehrzahl der Anforderungen mit 2-grün und der Rest mit 1-gelb gekennzeichnet wurden.

Im Originalbieterücklauf der Antragstellerin hat diese bei der Pos. 01.01.01.02 0 (digitale Mischpulte) in der Zeile „Signalverarbeitungs-komponenten je Kanal 48 skalierbare Aux-Abzweige“ die Kennung 1-gelb angegeben. In der von x vorgenommenen Zusammenführung sämtlicher Originalbieterückläufe bezeichnet als „Vergleichsangaben – originaler Bieterücklauf“ findet sich dort 1-rot. Im Rahmen der ersten Angebotsprüfung wurden diese Bewertungen fachtechnisch korrigiert und hier Einträge entsprechend dem Prüfergebnis abgeändert und auch Kommentare hinzugefügt. In der Zusammenführung sämtlicher fachtechnisch korrigierter Bieterückläufe bezeichnet als „Vergleichsangaben fachtechnisch korrigiert“ findet sich hier wieder eine gelbe Kennung.

Die fachtechnisch korrigierte Einzelauswertung wurde nach Bekanntgabe der Ausscheidungsentscheidung über Anforderung der Antragstellerin gemeinsam mit dem eigentlichen Prüfbericht am 12.9.2011 übermittelt.

Bei der ersten Angebotsprüfung wurde in Punkt 6 als Prüfergebnis festgehalten, dass nach fachtechnischer Prüfung die Gleichwertigkeit in Bezug auf die Leistungsbeschreibung abgesprochen werden muss. Als Abschluss findet sich die Formulierung: „Somit hat auch dieses Angebot in Anlehnung an § 129 Abs. 1

Satz 7 BVergG auszuscheiden, da es fachtechnisch somit mängelbehaftet erscheint und dieser Mangel nicht durch Anwendung von § 106 Abs. 7 BVergG behoben werden kann, da in der Leistungsbeschreibung keine Erzeugnissnennung, z.B. mit Angabe von Fabrikat und Typ, ergänzt durch den Zusatz ‚oder gleichwertig‘ erfolgt ist.“

Die Angebotsprüfung wurde schließlich im Auftrag der Auftraggeberin zusätzlich von der Bühnenplanung x GmbH, x, x (im Folgenden „Büro x“; zuständiger Bearbeiter: Herr x), überprüft. Dazu wurden von der Auftraggeberin sämtliche dafür maßgeblichen Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellt und auch die Prüfberichte der Firma x. Weiters auch eine Liste des Bieterrücklaufs als auch die überarbeitete, fachtechnisch korrigierte Liste von x. In beiden Fällen wurde nur eine Zusammenfassung, das heißt eine Übersicht, die alle vier Bieter enthält, übermittelt. Die Originalbieterrückläufe standen dabei nicht zur Verfügung. Auch diese zweite Beurteilung hat das Prüfergebnis bestätigt.

3.3.6. Der Angebotsprüfer x hat Elektrotechnik studiert und hat sich dann später auf Akustik spezialisiert, hat auch promoviert und besitzt eine Hochschullehrerberechtigung an der Hochschule für Film und Fernsehen in x. Seit ca. zwanzig Jahren prüft er auch Leistungsverzeichnisse. Herr x hat nach dem Erlernen eines Handwerks eine Ausbildung zu einem staatlich geprüften Techniker gemacht und ist seit ca. zwölf Jahren im Büro x in der Bühnenplanung tätig. Er ist dort unter anderem verantwortlich für die Planung von Beleuchtungsanlagen, Tonanlagen und Video. Im Rahmen seiner Tätigkeit kommt es des Öfteren vor, dass er im Rahmen von Ausschreibungen Angebote prüft.

Beide Prüfer sind zueinander unabhängig.

3.3.7. Mit Faxbrief vom 06. September 2011 hat die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs.1 Z7 BVergG 2006 mangels Ausschreibungskonformität ausgeschieden wird und der x GmbH, x als Billigstbieterin der Zuschlag mit einer Vergabesumme von brutto 4,404.350,83 Euro erteilt werden soll.

Als Begründung wurde angeführt, dass bei diversen Positionen die Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte gegenüber den Mindestanforderungen der Ausschreibung durch den Bieter nicht nachgewiesen werden konnte, insbesondere für das angebotene Mischpult mit Audionetzwerk, den Studiohallprozessor und den 32" Monitoren.

Neben der Antragstellerin hat auch die zweitgereichte Bieterin betreffend ihre Ausscheidensentscheidung einen fristgerechten Nachprüfungsantrag eingebracht.

3.4. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den vorliegenden Vergabeunterlagen sowie aus den durchaus glaubwürdigen, in sich schlüssigen und für den Unabhängigen Verwaltungssenat auch verständlichen Aussagen der angebotsprüfenden Zeugen x sowie Herrn x vom Büro x. Beide Angebotsprüfer haben sich von ihrer Ausbildung her als fachkundig für die Angebotsprüfung erwiesen. Sie sind lange Zeit in diesem Bereich tätig und sowohl mit Ausschreibungen als auch Angebotsprüfungen laufend im gegenständlichen Leistungsgegenstand befasst. Sie sind zueinander unabhängig und haben beide Prüfungen im Wesentlichen das übereinstimmende Ergebnis, insbesondere hinsichtlich der vorangeführten Punkte des Angebotes der Antragstellerin ergeben. Die Prüfergebnisse wurden in der öffentlichen mündlichen Verhandlung umfassend erörtert und wurden auch von der Antragstellerin nicht entkräftet, sondern hat sie zum Teil ihre Aussage dazu verweigert bzw. auf Allgemeinplätze wie sie habe ein ausschreibungskonformes Angebot geliefert, verwiesen.

4. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat erwogen:

4.1. Gemäß § 1 Abs.1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (Oö. VergRSG 2006) regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Art.14b Abs.2 Z2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen.

Gemäß Art.14b Abs.2 Z2 lit.c B-VG ist die Vollziehung Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art.126b Abs.2, soweit sie nicht unter die Z1 lit.c fällt, sowie der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art.127 Abs.3 und Art.127a Abs.3 und 8.

Gemäß Art.127 Abs.3 B-VG überprüft der Rechnungshof weiters die Gebarung von Unternehmungen, an denen das Land allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegenden Rechtsträgern mit mindestens 50 vH des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist oder die das Land allein oder gemeinsam mit anderen solchen Rechtsträgern betreibt.

Die Auftraggeberin ist 100%ige Tochter der x GmbH, diese ist wiederum 100%ige Tochter der x GmbH, welche wiederum in 100%igem Eigentum des Landes Oberösterreich steht. Sie stellt als Unternehmen im Sinne des Art.127 Abs.3 B-VG einen öffentlichen Auftraggeber dar, der im Sinne des Art.14b Abs.2 Z2 lit.c B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fällt. Das gegenständliche

Nachprüfungsverfahren unterliegt daher den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006.

4.2. Gemäß § 2 Abs.1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Unabhängigen Verwaltungssenat die Gewährung von Rechtsschutz gemäß § 1 Abs.1 leg.cit.

Gemäß § 2 Abs.3 Oö. VergRSG 2006 ist der Unabhängige Verwaltungssenat bis zur Zuschlagsentscheidung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z16 lit.a BVergG 2006) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 7 Abs.1 Oö. VergRSG 2006 hat der Unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller bzw. die Antragstellerin in dem von ihm bzw. ihr nach § 5 Abs.1 Z5 geltend gemachten Rechten verletzt und
2. diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig. Die Antragslegitimation auch als drittgeriehete Bieterin ergibt sich aus dem Umstand, dass auch für die zweitgeriehete Bieterin eine Ausscheidensentscheidung getroffen wurde, hinsichtlich derer ebenfalls ein Nachprüfungsantrag gestellt wurde und die Antragstellerin bei Abweisung desselben eine Chance auf den Zuschlag hätte und somit eine sie betreffende Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss wäre.

4.3. Gemäß § 17 Abs.3 AVG sind von der Akteneinsicht Aktenbestandteile ausgenommen, soweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würden. Als solche berechtigten Interessen gelten der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen.

Die Zulassung der Beantwortung der Frage des Zeugen x hinsichtlich der Frage, ob das Angebot der x die Anforderungen hinsichtlich Trittschallfilter und digital frei routbarem Signalprozessor erfüllt hat, die nur mit „ja“ ohne weitere Kommentare beantwortet wurde, ist aus Sicht des Unabhängigen Verwaltungssenates zulässig, da dadurch keinerlei Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse verletzt worden sein können.

Dem Antrag auf Ausschluss der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei der Erörterung der Detailprüfung des Angebotes der Antragstellerin wurde nachgekommen, sodass auch hier keinerlei Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen erfolgt ist.

4.4. Gemäß § 2 Z16 lit.a sublit.aa BVergG 2006 sind im offenen Verfahren die Ausschreibung, sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist, das Ausscheiden des Angebotes, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar.

Gemäß § 19 Abs.1 BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Nach § 81 Abs.1 BVergG 2006 kann der Auftraggeber nur bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden, Alternativangebote zulassen. Nach § 82 Abs.1 leg.cit. sind, sofern der Auftraggeber in der Ausschreibung nicht anderes festlegt, Abänderungsangebote zulässig. Soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anderes festgelegt wurde, sind Abänderungsangebote nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig.

Gemäß § 95 Abs.1 BVergG 2006 kann die Beschreibung der Leistung wahlweise konstruktiv oder funktional erfolgen. Nach Abs.2 leg.cit. sind bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung die Leistungen nach zu erbringenden Teilleistungen in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern. Nach Abs.3 werden bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung die Leistungen als Aufgabenstellung durch Festlegung von Leistungs- oder Funktionsanforderungen beschrieben.

Gemäß § 96 Abs.1 BVergG 2006 sind die Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass

die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Eine konstruktive Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, durch Modelle, Proben, Muster und dgl. zu ergänzen.

Nach § 98 Abs.7 und 8 BVergG 2006 sind bei ausnahmsweiser Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses (wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann) in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses nach der entsprechenden Position vom Bieter Angaben über Fabrikat und Type der von ihm gewählten gleichwertigen Produkte zu verlangen. Die maßgeblichen Kriterien für die Behandlung der Gleichwertigkeit sind in der Beschreibung der Leistung anzugeben. Nach § 106 Abs. 7 BVergG 2006 hat den Nachweis der Gleichwertigkeit der Bieter zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele angeführten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des LV eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.

Gemäß § 122 BVergG 2006 ist die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen.

Gemäß § 123 Abs.1 BVergG 2006 erfolgt die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien, wobei gemäß Abs.2 Z5 im Einzelnen zu prüfen ist, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Gemäß § 126 Abs.1 BVergG 2006 ist, sofern sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung ergeben oder Mängel festgestellt werden, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen.

Gemäß § 129 Abs.1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung u.a. folgende Angebote auszuschneiden:

Z7 den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie fehlerhafte oder unvollständige, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote oder Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte und unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.

Gemäß Abs.3 hat der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

4.5. Nach dem System des BVergG der gesondert anfechtbaren Entscheidungen - hier relevant der Ausschreibung, des Ausscheidens eines Angebotes und der Zuschlagsentscheidung - können bestimmte Festlegungen des Auftraggebers nur innerhalb bestimmter Fristen angefochten werden. Dadurch wird das Vergabeverfahren in verschiedene Abschnitte unterteilt. Erfolgt keine fristgerechte Anfechtung, so werden alle vorangegangenen Teile des Vergabeverfahrens bestandskräftig.

Dies trifft auch im gegenständlichen Fall zu. Da die Antragstellerin erst ihr Ausscheiden und die Zuschlagsentscheidung angefochten hat, sind die Ausschreibung und die darin gemachten Festlegungen auch hinsichtlich der Produktauswahl und der technischen Spezifikationen bestandskräftig und muss sie diese gegen sich gelten lassen. Es waren somit exakt diese Spezifikationen zu erfüllen. Dabei ist es auch unerheblich, ob es sich um eine auf ein spezielles Produkt oder einen speziellen Hersteller zugeschnittene Leistungsanforderung handelt. Überdies hat auch eine weitere Bieterin wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin Produkte des Fabrikates Stagetec angeboten.

Hätte sie zu den inhaltlichen Anforderungen Bedenken gehabt, so hätte allenfalls vor Angebotsabgabe eine diesbezügliche Bieteranfrage gestellt werden können und wäre die Ausschreibung anzufechten gewesen. Sie hat aber beides unterlassen. Falls sie sich hier auf bloße eigene Interpretationen und Rechtsanschauungen verlässt, so erfolgt dies auf ihr eigenes Risiko.

4.6. In der gegenständlichen Ausschreibung waren keine Alternativangebote zugelassen, auch Abänderungsangebote sind nicht gelegt worden, sodass im konkreten Fall eine Prüfung, ob das Angebot als solches gleichwertig ist nicht zu erfolgen hatte, sondern die Prüfung nur hinsichtlich der Ausschreibungskonformität des Angebotes vorzunehmen war.

4.7. Hinsichtlich der fachlichen Kompetenz einer sachverständigen Prüfung durch die eingesetzten Prüfer bestehen aus Sicht des unabhängigen Verwaltungssenates keine Bedenken. So waren die eingesetzten Prüfer durchaus fachkundig und lag die Tätigkeit in ihrem üblichen langjährigen Tätigkeitsbereich. Darüber

hinaus wurde sogar eine Nachprüfung des Prüfberichtes durch einen ebensolch versierten mit der ersten Angebotsprüfung und Erstellung des LV nicht befassten Prüfer vorgenommen. Anhaltspunkte für eine Abhängigkeit oder ein besonderes Naheverhältnis der beiden einvernommenen Prüfer zueinander oder zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin haben sich im Verfahren nicht gezeigt. Somit wurden die Vorgaben des § 122 BVergG 2006 erfüllt.

Die Prüfergebnisse wurden auch in der öffentlichen mündlichen Verhandlung zumindest für die unter 3.3.4. angeführten Positionen für den Unabhängigen Verwaltungssenat verständlich und nachvollziehbar erläutert, sodass keine zusätzliche Angebotsprüfung und keine Beziehung von weiteren Sachverständigen erforderlich waren.

Die Antragstellerin hat zum Teil in eigenen Angaben im sog. Biiterrücklauf selbst hier Werte genannt, die sie natürlich gegen sich gelten lassen muss. Dass es sich dabei um eine Aufklärung iSd BVergG handelt, erschließt sich schon aus dem Text der übersendeten Tabellen und auch ihrer Rückantwort, in denen hier "von technischer Aufklärung" gesprochen wurde.

Die Umfärbung in der Zusammenführung der Originalbiiterrückläufe eines Erfüllungsfeldes von 1-gelb auf 1-rot ist nicht entscheidungsrelevant, da damit die Kennung „Einschränkungen als gleichwertig angegeben“ nicht verändert wurde und diese in der fachtechnisch korrigierten Zusammenführung wieder mit 1-gelb aufscheint und im Übrigen nicht zur Ausscheidung geführt hat. Auch dass dem Zweitprüfer Herrn x nicht die Originalbiiterrückläufe zur Verfügung standen ändert nichts am Prüfergebnis, da dieser nach seinen Angaben nochmals die Ausschreibungskonformität geprüft hat und ihm dabei u.a. auch eine Zusammenführung der Originalbiiterrückläufe zur Verfügung stand. Es war überdies nur eine Überprüfung der bereits erfolgten Angebotsprüfung und stellt eine zusätzliche fachliche Bestätigung dar.

4.8. Die Angebotsprüfung hat zumindest für die unter 3.3.4. angeführten Positionen des Angebotes der Antragstellerin ergeben, dass keine ausschreibungskonformen Produkte angeboten wurden, die den geforderten technischen Spezifikationen entsprechen. In diesen Positionen sind auch keine Leitprodukte genannt, sodass hiezu auch keine Gleichwertigkeitsprüfung vorzunehmen war.

Einer Auslegung, wonach mangels Leitprodukten in einem solchen Fall generell sich die Gleichwertigkeit auf die ausgeschriebenen Produkteigenschaften und somit die technischen Spezifikationen bezieht, kann seitens des Unabhängigen Verwaltungssenates nicht gefolgt werden, da dies weder in der Systematik und Struktur des BVergG noch im wörtlichen Gesetzeswortlaut gedeckt ist. Eine

solche Auslegung würde die Regelungen hinsichtlich der Leistungsbeschreibung insbesondere der technischen Spezifikationen geradezu ad absurdum führen. So erlaubt das Gesetz sogar nur in Ausnahmefällen die Nennung von Leitprodukten und damit eine Gleichwertigkeitsprüfung. Würde man der Anschauung der Antragstellerin folgen, so wäre eine solche aber praktisch der Regelfall.

Im Übrigen sind im gesamten LV sehr wohl einzelne Leitprodukte angeführt, wie in 3.3.3. beschrieben, wodurch für die Formulierungen hinsichtlich Gleichwertigkeit in der Ausschreibung eine Sinnerfüllung und ein Konnex entsteht und diese sich daher auch nur auf diese ausdrücklich angeführten Leitprodukte und nicht auf die gesamten in der Ausschreibung gestellten Anforderungen beziehen.

Die insbesondere verlangte funktionale und optische Gleichwertigkeit gilt nur für die in der Ausschreibung explizit angeführten Leitprodukte und nicht für die gesamte Ausschreibung. Doch ist auch diese Formulierung im Gesamtzusammenhang mit den Inhalten und Formulierungen der gesamten Ausschreibung für einen objektiven verständigen Bieter wohl so zu verstehen, dass damit nur der besondere Aspekt der funktionalen und optischen Komponenten hervorgehoben werden sollte, aber natürlich auch den rein technischen Parametern entsprochen werden muss. Aber wie bereits ausgeführt kommt dieser Abschnitt für die behandelten Abweichungen gar nicht zur Anwendung.

Damit ist in der Gesamtzusammenschau auch für einen objektiven verständigen Bieter der Regelungsinhalt klar und zeigt sich kein Ansatz für eine Auslegung im Zweifel zugunsten der Antragstellerin.

Wenn im Prüfbericht zum Angebot der Antragstellerin davon gesprochen wird, dass „nach fachtechnischer Prüfung die Gleichwertigkeit in Bezug auf die Leistungsbeschreibung abgesprochen werden muss“, so bedeutet dies nicht, dass inhaltlich eine Gleichwertigkeitsprüfung vorgenommen wurde, sondern die angebotenen Produkte als nicht ausschreibungskonform angesehen wurden. Dies wird auch durch den Abschlusssatz im Prüfbericht erhärtet, der lautet: „Somit hat auch dieses Angebot in Anlehnung an § 129 Abs. 1 Satz 7 BVergG auszuscheiden, da es fachtechnisch somit mangelbehaftet erscheint und dieser Mangel nicht durch Anwendung von § 106 Abs. 7 BVergG behoben werden kann, da in der Leistungsbeschreibung keine Erzeugnisnennung, z.B. mit Angabe von Fabrikat und Typ, ergänzt durch den Zusatz ‚oder gleichwertig‘ erfolgt ist.“ Auch daraus ergibt sich eindeutig, dass eine Gleichwertigkeitsprüfung mangels Leitprodukten nicht erfolgte. Wenn in der Begründung der Ausscheidensentscheidung ausgeführt wurde, dass bei diversen Positionen die Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte gegenüber den Mindestanforderungen der Ausschreibung durch den Bieter nicht nachgewiesen werden konnte, so ist dies

zwar keine exakte rechtliche Formulierung, bringt aber in der Gesamtzusammenschau auch für einen verständigen Bieter zum Ausdruck, dass kein ausschreibungskonformes Angebot vorgelegen hat, zumal ja eine Gleichwertigkeitsprüfung nur bei Leitprodukten vorgesehen ist. Durch diese Erklärung und auch die über Aufforderung fristgerechte Übersendung des Prüfberichtes samt fachlich korrigiertem Biiterrücklauf war die Antragstellerin keinesfalls an der Stellung eines begründeten Nachprüfungsantrages gehindert, wie auch ihre Ausführungen in diesem zeigen.

4.9. Eine weitere Aufklärung vor der Mitteilung der Ausscheidensentscheidung war nicht erforderlich, da für eine solche im Sinne des § 126 Abs.1 BVergG 2006 keine weiteren Unklarheiten mehr vorlagen, sondern die fehlende Ausschreibungskonformität schon klar ersichtlich war.

4.10. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass seitens der Auftraggeberin aufgrund der bestandskräftigen Ausschreibung eine ordnungsgemäße Angebotsprüfung erfolgt ist, mit dem Ergebnis, dass zumindest bezüglich der unter 3.3.4. angeführten Positionen das Angebot der Antragstellerin mangels Ausschreibungskonformität auszuschneiden war. Die Grundsätze des § 19 Abs.1 BVergG 2006 wurden diesbezüglich eingehalten. Schon aufgrund dieser Verfahrensergebnisse war die Entscheidung klar und es erübrigt sich ein Eingehen auf weitere Punkte.

Das Angebot hat in allen Teilen der Ausschreibung zu entsprechen. Daran ändert sich auch nichts, wenn Teile des Angebotes - nach Angaben der Antragstellerin - die Anforderungen des LV übererfüllen.

4.11. Da somit das Ausschneiden zu Recht erfolgt ist, fehlt es der Antragstellerin auch an den gesetzlich geforderten Voraussetzungen zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung und war auch diesbezüglich wie im Spruch zu entscheiden. Sie hat somit nicht einmal teilweise obsiegt und wurde auch nicht klaglos gestellt. Daher kommt auch ein Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren iSd § 23 Abs.1 und 2 Oö. VergRSG nicht in Betracht.

5. Im gegenständlichen Verfahren sind für die Antragstellerin Stempelgebühren in der Höhe von 29,90 Euro und für die präsumtive Zuschlagsempfängerin in der Höhe von 29,90 Euro angefallen. Entsprechende Zahlscheine liegen der postalisch zugestellten Ausfertigung bei.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis:

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb von sechs Wochen ab seiner Zustellung eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und/oder an den Verwaltunggerichtshof erhoben werden; diese muss – von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen – jeweils von einer bevollmächtigten Rechtsanwältin oder einem bevollmächtigten Rechtsanwalt eingebracht werden. Für jede dieser Beschwerden ist eine Eingabegebühr von 220 Euro zu entrichten.

Dr. Ilse Klempt