

BVA: Zur Begründungspflicht von Ausscheidensentscheidungen

1. Zur Sicherung des effektiven Rechtsschutzes hat ein Bieter das Recht auf Begründung der für ihn letzten Entscheidung in einem Vergabeverfahren.
2. Einer Ausscheidensentscheidung muss mit der zur Überprüfung dieser Entscheidung erforderlichen Genauigkeit zu entnehmen sein, weshalb das Angebot ausgeschieden wurde.
3. Die Rechtswidrigkeit einer Ausscheidensentscheidung hat dann auf den Ausgang des Vergabeverfahrens keinen wesentlichen Einfluss (iSd § 325 Abs 3 Z 2 BVergG 2006), wenn der entsprechende Bieter ohnehin auszuschneiden ist.
4. Der Auftraggeber darf die Ausscheidensentscheidung jederzeit zurücknehmen und durch eine Neue, ausreichend begründete, ersetzen.

BVA 2.5.2011, N/0021-BVA/10/2011-33

„Hörsaalbestuhlung Universität Salzburg“

§ 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006; § 68 Abs 1 Z 7 BVergG 2006; § 129 Abs 1 Z 1 BVergG 2006; § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006; § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006; § 129 Abs 2 BVergG 2006; § 129 Abs 3 BVergG 2006; § 320 BVergG 2006; § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006; § 6 Z 7 Universitätsgesetz 2002 – UG;

Antragslegitimation, Auftraggeberentscheidung, gesondert anfechtbare Entscheidung, Ausscheidensgründe, Ausscheidensentscheidung, Ausschreibung, Ausschreibungsbestimmungen, Begründungspflicht, Bemusterung, Interpretation, gewerberechtliche Nebenrechte, Universität, verspätete Aufklärung.

Von Philipp Götzl (am Verfahren beteiligt)

Sachverhalt

Die Universität Salzburg errichtet den Neubau der Kultur- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGW). Im Zuge dieses Vorhabens schrieb sie die Lieferung und Montage einer kompletten Hörsaalbestuhlung auf einer bauseitigen Hörsaalstufenanlage als Lieferauftrag in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich aus. Der Ausschreibung lagen Pläne auf CD-ROM bei, die die nähere Ausgestaltung des Hörsaalgestühls darstellen. Die Antragstellerin gab ein nicht ausschreibungskonformes Angebot ab. So lagen dem Angebot ausschreibungswidrig keine Konstruktionszeichnungen oder Datenblätter oder andere Beschreibungen der angebotenen Leistung bei.

Die Antragstellerin wurde mit E-Mail vom 18. Jänner 2011 zur Aufklärung aufgefordert und u.a. ersucht „bis spätestens 21.01.2011“ *Unterlagen zu übermitteln und folgende Angaben zu machen:*

- „1. Position (...) wurde das Fabrikat und der Produkttyp „D***“ angegeben. Wir benötigen verbindliche Angaben (Hersteller und Produkttyp) zu dem angebotenen Gestühl (Datenblätter, Prüfzeugnisse, Detailzeichnungen,...)

2. *Wie auf Seite 11 angegeben sind ‚Mit Abgabe des Angebotes sind Zeichnungen mit Darstellung der Konstruktion, Materialien, Beschreibung der angebotenen Oberflächenbehandlung von Stahl und Holz vorzulegen.‘*

Wir bitten um Vorlage von Zeichnungen, wie Gestühl und Tisch im Detail ausgeführt werden.

3. *Zu Position (...) benötigen wir detaillierte Angaben zu dem gewählten Produkt (D***) zum Nachweis der Gleichwertigkeit zum Richtfabrikat.*
4. *Ist in Position (...) mit der Bezeichnung E*** das Richtfabrikat gemeint? Wenn nein, benötigen wir ein Deckblatt zum gewählten Produkt.“*

Eine Mitarbeiterin der vergebenden Stelle gestand der Antragstellerin auf Anfrage zu, die Beantwortung bis zum 24. Jänner 2011 erstatten zu können.

Mit E-Mail vom 24. Jänner 2011 beantwortete die Antragstellerin diese u.a. Anfrage wie folgt:

- „1. Pos. (...) *Beilage 1 und 2; Detailzeichnungen für Hörsaalbestuhlung Prüfzeugnis vom Holzforschungsinstitut sowie die Verlängerung vom 17.11.2010 Hörsaalbestuhlung – allgemeine Stuhlbeschreibung*
2. *Punkt 2: Seite 11 Oberfläche Holz: lackiert Oberfläche Metallteile: RAL pulverbeschichtet*
3. *Pos. (...) ist ausschreibungskonform*
4. *Pos. (...) Ist ebenfalls ausschreibungskonform“*

Diesem Schreiben lagen auch Konstruktionszeichnungen und eine allgemeine Beschreibung der Hörsaalbestuhlung bei. Die Konstruktionszeichnung stellt ein Hörsaalgestühl dar, das das in der Ausschreibung geforderte L-Profil nicht aufweist, sondern einerseits die Deckplatte über die Arbeitsplatte hinausragen lässt und andererseits eine schräge Stützleiste für die Arbeitsplatte vorsieht. Dämmplatten sind, obwohl ebenfalls gefordert, nicht vorgesehen. Die Steher sind (anders als die Vorgaben der

Ausschreibung) sichtbar. Eine Zeichnung stellt die Montage der Steher in der Bodenkonstruktion versenkt dar. Die Öffnungen für die Lüftung sind ebenfalls versenkt und nicht plan mit der Abdeckplatte angeordnet, wie dies die Ausschreibung vorgibt.

Die Auftraggeberin lud die Antragstellerin nicht zu einer Bemusterung ein.

In der Folge wurde die Antragstellerin ausgeschieden, dies mit folgender Begründung:

„Das erfolgreiche Angebot zeichnet sich durch folgende Merkmale und Vorteile aus:

- Exakte Erfüllung der Ausschreibungsbedingungen bezügl. technischer Eignung
- Höchste Punktzahl bzgl. Serviceaufwand und zus. Gewährleistung
- Höchste Punktzahl bzgl. Referenzen

Ihr Angebot wurde ausgeschieden, da es den Anforderungen der Ausschreibung hinsichtlich der Einhaltung der technischen Anforderungen und der dargestellten formalen Gestaltung und äußeren Profilierung nicht entspricht.“

Aus der Begründung:

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Universität Salzburg. Gemäß § 6 Z 7 Universitätsgesetz 2002 – UG, BGBl I 120/2002 idF BGBl I 111/2010, unterliegt sie dem UG. Gemäß § 1 UG ist sie berufen, der wissenschaftlichen Forschung und Lehre, der Entwicklung und der Erschließung der Künste sowie der Lehre der Kunst zu dienen [...]. Sie ist damit zu dem Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. Diese sind auch nicht gewerblicher Art, da sie sich nicht in einem Wettbewerb befindet und ihr Streben nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist. Sie ist gemäß § 4 UG eine juristische Person öffentlichen Rechts. Gemäß § 12 Abs 1 UG ist sie vom Bund zu finanzieren. Gemäß §§ 9 und 45 Abs 1 UG übt der Bund die Rechtsaufsicht aus. Sie sind gemäß § 45 Abs 2 UG dem Bund auskunftspflichtig. [...] Die Universität ist an die Rechtsmeinung des Bundes gemäß § 45 Abs 6 UG gebunden. Die Universität Salzburg ist daher öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (für Universitäten zB BVA 27. 9. 2010, N/0071-BVA/10/2010-34, RPA 2010, 335 [Hofer]). [...]

3.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Die Legitimation für einen Antrag zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung hängt vom Verbleib im Vergabeverfahren und damit von der Rechtmäßigkeit der

Ausscheidensentscheidung ab (zB VwGH 25. 1. 2011, 2009/04/0302, JusGuide 2011/14/1966 [VwGH]). Es kommt aber jedem ausgeschiedenen Bieter zu, die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung anzuzweifeln und nachprüfen zu lassen (zB VwGH 5. 11. 2010, 2006/04/0245, RPA-Slg 2011/7 = RPA-Slg 2011/8; idS auch VwGH 21. 12. 2007, AW 2007/04/0057). Daraus ergibt sich lediglich, dass zuerst die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung zu prüfen ist.

[...]

3.3 Zur Ausscheidensentscheidung – Spruchpunkt I.

[...]

Über diese [Anm: § 68 Abs 1 Z 7 u § 129 Abs 1 Z 1, 2, 7, Abs 2 u 3 BVergG] gesetzlichen Grundlagen für das Ausscheiden von Angeboten hinaus enthält die bestandsfeste Ausschreibung in Punkt B.6.3 des Angebotsschreibens ungeachtet der Zulässigkeit solcher Festlegungen (zB BVA 20. 3. 2003, 12N-10/03-11, A 9 Brückensanierung und Deckensanierung Silberberg, BVergSlg 12.21 = RPA 2003, 53 [Mecenovic] = ZVB 2003/81 [Kropik] = ZVB-LSK 2003/89 = ZVB-LSK 2003/90) einen Katalog von Ausscheidensgründen. Darin wird der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 2 BVergG zu einem verpflichtenden Ausscheidensgrund gemacht. [...]

3.3.1 Zur Pflicht, die Ausscheidensentscheidung zu begründen

[...]

§ 129 Abs 3 BVergG verlangt, dass der Auftraggeber dem Bieter den Grund für das Ausscheiden bekannt gibt. [...]

Zweck der Mitteilung der Gründe für eine Entscheidung des Auftraggebers ist, dass der Bieter die Entscheidung des Auftraggebers überprüfen und entscheiden kann, ob er einen Nachprüfungsantrag einbringt. Wegen der kurzen Fristen für Nachprüfungsanträge muss diese Zeit zur Gänze zur Verfügung stehen.

So hat der Europäische Gerichtshof noch zur RL 89/665/EWG vor der Novelle 2007/66/EG ausgesprochen, dass ein Bieter erst dann in die Lage versetzt wird, einen wirksamen Nachprüfungsantrag einzubringen, wenn er die Gründe für die Ablehnung seines Angebots erfährt (EuGH 28. 1. 2010, Rs C-406/08, *Uniplex (UK)*, Rn 31 f, RdW 2010/68 = RPA 2010, 103 [Frauenberger-Pfeiler] = ZVB 2010/73 [Grasböck]). Zur Zuschlagsentscheidung vertritt der Verwaltungsgerichtshof die Ansicht, dass das Fehlen der Begründung § 131 BVergG widerspricht, im Regelfall für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist und daher die Zuschlagsentscheidung nichtig erklärt werden

muss (VwGH 22. 4. 2009, 2009/04/0081, 0085, bbl 2009/195 = JusGuide 2009/27/1045 [VwGH] = RdW 2009/522 = RPA 2009, 244 [Papst] = ZVB 2009/87 [G. Gruber/Eisner]). Die Gründe liegen in der ungehinderten Gewährung von Rechtsschutz.

Zur Widerrufsentscheidung hat der Verwaltungsgerichtshof allerdings ausgesprochen, dass es genügt, wenn objektiv Gründe vorliegen, die die Widerrufsentscheidung tragen, auch wenn sie in der Widerrufsentscheidung nicht genannt sind. Eine (bloß) unzutreffende Begründung der Entscheidung des Auftraggebers reicht für eine Nichtigerklärung nicht aus (VwGH 3. 9. 2008, 2008/04/0109, *Förderanlage*, JusGuide 2008/45/787 [VwGH] = RPA 2008, 325 [Reisner] = RPA-Slg 2008/37).

[...]

Betreffend die Widerrufsentscheidung geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass eine Verletzung von Rechten des Bieters nicht möglich ist, wenn die Entscheidung – objektiv – rechtmäßig ist, auch wenn die Gründe nicht mitgeteilt wurden. Betreffend die Zuschlagsentscheidung geht er in der jüngeren Entscheidung davon aus, dass einerseits § 131 BVergG die Mitteilung der Gründe verlangt und andererseits auch die Gewährung von Rechtsschutz die Mitteilung der Gründe erfordert. Schließlich leitet auch der Europäische Gerichtshof aus der RL 89/665/EG die Verpflichtung zur Begründung der Entscheidung des Auftraggebers aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes ab. *Merl* leitet den Grundsatz ab, dass alle „letzten Entscheidungen“ für einen Bieter zu begründen sind. Darunter fällt auch eine Ausscheidensentscheidung (*Merl*, Rechtsfolgen einer fehlenden oder unzureichenden Begründung der Zuschlagsentscheidung, RPA 2010, 319).

Aus diesen Überlegungen lässt sich schließen, dass Bieter aus Gründen des Rechtsschutzes ein selbständiges Recht auf Begründung für sie letzter Entscheidungen in einem Vergabeverfahren zukommt.

[...]

In diesem Sinn lässt sich der der Antragstellerin bekanntgegebene Ausscheidensentscheidung nicht mit der zur Überprüfung dieser Entscheidung erforderlichen Genauigkeit entnehmen, weshalb ihr Angebot ausgeschieden wurde, zumal weder Ausscheidensgründe im Detail noch die Rechtsgrundlagen für das Ausscheiden angegeben wurden. Die Ausscheidensentscheidung lässt sich anhand der Angaben in dem Telefax vom 11. März 2011 schlecht nachvollziehen. Sie ist ungenügend und entspricht den Anforderungen des § 129 Abs 3 BVergG nicht vollständig.

Andererseits wäre es unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf das Ergebnis des Vergabeverfahrens widersinnig, den Auftraggeber zu mehr als dem Ersatz der Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu verpflichten,

wenn die Ausscheidensentscheidung objektiv gerechtfertigt ist. Ist die Ausscheidensentscheidung daher mangelhaft begründet, das Ausscheiden jedoch objektiv gerechtfertigt, würde es keinen Sinn machen, sie für nichtig zu erklären. Dafür sprechen die Überlegungen zur Antragslegitimation, die einem Bieter, der ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot gelegt hat, die Schutzwürdigkeit absprechen (zB VwGH 11. 11. 2009, 2009/04/0240, bbl 2010/33 = JusGuide 2009/51/1231 [VwGH] = JusGuide 2009/51/1232 [VwGH] = RdW 2010/98 = ZVB 2010/22 [G. Gruber/Eisner] mwN).

Allerdings ist der Auftraggeber nicht gehindert, die Ausscheidensentscheidung jederzeit zurückzunehmen und durch eine neue, entsprechend begründete zu ersetzen (idS zur Zuschlagsentscheidung zB VwGH 3. 9. 2008, 2008/04/0109). Diese Lösung hätte den Vorteil, dass die Kostenfrage geklärt wäre. Am Ergebnis des Vergabeverfahrens würde sich nichts ändern. Dass diese Effizienzüberlegungen auch bei der Beurteilung, ob eine Entscheidung für nichtig zu erklären ist, hat einerseits der Europäische Gerichtshof grundsätzlich nicht abgelehnt (EuGH 19. 6. 2003, Rs C-249/01, *Hackermüller*, Slg 2003, I-6.319 = BVergSlg 33.9 = RPA 2003, 307 [Kattary] = wbl 2003/238 = ZER 2004/173 = ZVB 2003/86 [Latzenhofer] = ZVB-LSK 2003/102 = ZVB-LSK 2003/103) und kommt andererseits in § 325 Abs 1 Z 2 BVergG zum Ausdruck.

Es sind daher die Ausscheidensgründe ebenfalls zu prüfen.

3.3.2 Zu den Ausscheidensgründen

[...]

3.3.2.2 Zur Rechtzeitigkeit und Vollständigkeit der Aufklärung

[...]

Mit E-Mail vom 18. Jänner 2011 wurde die Antragstellerin zur Aufklärung bis 21. Jänner 2011 aufgefordert. Die Aufklärung leistete sie am 24. Jänner 2011. Sie hat allerdings die Zustimmung der vergebenden Stelle zur Abgabe der Aufklärung am 24. Jänner 2011 eingeholt. Die Aufklärung war somit nicht verspätet.

[...]

Die Antragstellerin legte ihrem Aufklärungsschreiben Zeichnungen der angebotenen Hörsaalbestuhlung, [...] und eine allgemeine Beschreibung der Hörsaalstühle [bei]. [...]

Die Antragstellerin bietet in der Position [...] das Produkt „D***“ für MDF-Platten an. Als Richtfabrikat nennt die Ausschreibung „F***“ [...]. Zu dem angebote-

nen Produkt legte die Antragstellerin keine Datenblätter bei. Insofern ist die Auskunft unvollständig, da sie dem Aufklärungsersuchen nicht entsprochen hat. Die von der Antragstellerin genannte Auslegung der Auskunft „ausschreibungskonform“ hätte zur Folge, dass es der Antragstellerin frei stünde, das in der Position angebotene Produkt und damit ihr Angebot zu ändern. Dies ist im offenen Verfahren nach Angebotsöffnung jedenfalls unzulässig (zB BVA 27. 9. 2010, N/0071-BVA/10/2010-34, RPA 2010, 335 [Hofer]; 23. 2. 2011, N/0003-BVA/02/2011-19).

Nach dem Wortverständnis kann „ausschreibungskonform“ im gegebenen Zusammenhang zweierlei bedeuten. Einerseits gibt die Antragstellerin dieser Wortfolge die Bedeutung, dass sie das beispielhaft genannte Produkt anbieten will. Der objektive Erklärungswert in diesen beiden Positionen ist allerdings zu ermitteln. Da die Antragstellerin zumindest in beiden Positionen anders als die Leitprodukte benannte Produkte angeboten hat, wäre es an ihr gelegen, auch eine allenfalls unterschiedliche Bezeichnung eindeutig klarzustellen. Da die Ausschreibung dem Bieter das Anbieten eines gleichwertigen Produkts ermöglicht, kann „ausschreibungskonform“ in diesem Zusammenhang auch bedeuten, dass das angebotene Produkt dem beispielhaft genannten gleichwertig ist. Diesen Nachweis hätte sie jedoch gemäß § 98 Abs 8 BVergG iVm Punkt f des Angebotsschreibens zu führen gehabt.

[...]

Es genügt, [...] einen Bieter einmal zur Aufklärung aufzufordern. Kommt er diesem Aufklärungsersuchen nicht oder nur unvollständig nach, ist es dem Auftraggeber verwehrt, eine Aufklärung der Aufklärung zu verlangen (zB BVA 22. 6. 2006, N/0030-BVA/10/2008-036, RPA-Slg 2008/25 mwN). Dies gilt umso mehr, als es sich um das Nachreichen von Unterlagen handelt, die der Bieter bereits zusammen mit dem Angebot hätte vorlegen müssen.

[...]

Im Sachverhalt genannte unbedingte Ausscheidensgründe gemäß Punkt B.6.3 des Angebotsschreibens sind erfüllt. Die Auftraggeberin hat dadurch vorweg bekannt gegeben, wie sie das durch § 129 Abs 2 BVergG eingeräumte Ermessen ausüben will (VwGH 21. 3. 2011, 2008/04/0083). Sie würde gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens des § 19 Abs 1 BVergG, insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, verstoßen, würde sie von dem Ausscheiden bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen absehen. Dadurch konnte sie das Angebot der Antragstellerin zu Recht gemäß § 129 Abs 2 BVergG ausscheiden, da eine alternativ genannte Tatbestandsvoraussetzungen, die Unvollständigkeit der Auskunft, erfüllt ist.

3.3.2.3 Zur Ausschreibungskonformität des Angebots der Antragstellerin

Die Auftraggeberin legte auf die Form des Hörsaalgestühls besonderen Wert. Dies brachte sie durch die Verweise in Positionen [...] des Leistungsverzeichnisses und die konkrete Festlegung der Form in den ausdrücklich in Punkt 1.4 der Positionen [...] verwiesenen Plänen [...], die der Ausschreibung beilagen, zum Ausdruck.

Die Zeichnungen wären gemäß Position [...] bereits dem Angebot beizulegen gewesen. Sie müssen [...] den Vorgaben der Ausschreibung entsprechen und die Überprüfbarkeit der Einhaltung der Vorgaben der Ausschreibung ermöglichen.

Die Antragstellerin hat nun ein Hörsaalgestühl gezeichnet, das hinsichtlich der Profilierung, in einer Zeichnung der Montage, der äußeren Gestaltung und den funktionellen Anforderungen den Vorgaben der Ausschreibung nicht entspricht. [...] Dieser Widerspruch zur Ausschreibung ist auf den abgegebenen Zeichnungen eindeutig erkennbar.

Wenn nun die Antragstellerin vorbringt, die vergebende Stelle hätte sie zur Bemusterung einladen müssen, um das angebotene System abschließend darstellen und Unstimmigkeiten ausräumen zu können, ist ihr zu entgegnen, dass die abgegebenen Zeichnungen bereits zeigen, dass sie die Anforderungen der Ausschreibung nicht erfüllt.

[...]

Das Wort „ausgewählte“ mag Willkür einräumen. Allerdings lässt es sich insofern entsprechend den Grundsätzen des Vergabeverfahrens verstehen, dass nach einer Prüfung der schriftlichen Angebote jene ausgeschieden werden, die bereits zu diesem Zeitpunkt erkennbar den Ausschreibungsbedingungen widersprechen. Danach werden nur die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter zur Bemusterung eingeladen. Insofern ist die Vorgangsweise der vergebenden Stelle nicht zu beanstanden.

Insgesamt erweist sich das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin daher als rechtmäßig.

3.4 Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung – Spruchpunkt II.

Die Antragstellerin beantragte auch die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Ihr Angebot wurde – wie oben dargestellt – zu Recht ausgeschieden. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt einem Angebot, das auszuschneiden ist oder ausgeschieden wurde, jedoch keine Antragslegitimation zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu, sodass ein diesbezüglicher Antrag zurückzuweisen ist (st Rspr; unlängst zB VwGH 25. 1. 2011, 2009/04/0302, JusGuide 2011/14/1966 [VwGH]).

Hinweis für die Praxis

Mit der vorliegenden Entscheidung wird klargestellt, dass auch Ausscheidensentscheidungen ausreichend und nachvollziehbar begründet werden müssen. Gleichzeitig werden einige wesentliche Rechtsfragen des effektiven Rechtsschutzes im Zusammenhang mit einem ausgeschiedenen Angebot aufgearbeitet:

1. Der Bieter hat sohin ein selbstständiges Recht auf Begründung der für ihn letzten Entscheidung in einem Vergabeverfahren. Auch einer Ausscheidensentscheidung muss mit der zur Überprüfung dieser Entscheidung erforderlichen Genauigkeit zu entnehmen sein, weshalb das Angebot ausgeschieden wurde. Es müssen daher zumindest die Ausscheidensgründe im Detail und die Rechtsgrundlagen für das Ausscheiden angegeben werden. Die bezüglichen Angaben müssen nachvollziehbar sein um den Erfordernissen des § 129 Abs 3 BVergG zu entsprechen.

2. Ist die Ausscheidensentscheidung zwar mangelhaft begründet, das Ausscheiden jedoch objektiv gerechtfertigt (der entsprechende Bieter ist ohnehin auszuschneiden), fehlt diesem Bieter die Antragslegitimation für die nachfolgende Anfechtung der Zuschlagsentscheidung. In diesem Fall hat bereits die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung auf den Ausgang des Vergabeverfahrens keinen wesentlichen Einfluss (§ 325 Abs 1 Z 2 BVergG).

3. Der Auftraggeber kann die Ausscheidensentscheidung jederzeit zurückzunehmen und durch eine neue, entsprechend begründete ersetzen.

4. Soweit zur Aufklärung bis zu einer gewissen Frist aufgefordert wird, diese Aufforderung aber mit Zustimmung der vergebenden Stelle (mündliche Zustimmung reicht aus) auch zu einem späteren Zeitpunkt abgegeben

werden kann, ist eine Aufklärung bis zu diesem (späteren) Zeitpunkt nicht verspätet.

5. Die Aufklärung zu einem unklaren Punkt im Angebot, bloß mit dem Wort „ausschreibungskonform“, ist nicht ausreichend da es dann der Antragstellerin frei stünde das in der Position angebotene Produkt und damit ihr Angebot zu ändern, was im offenen Verfahren nach Angebotsöffnung unzulässig ist. Dieses ist insbesondere dann der Fall, wenn der Bieter in einer Position ein anderes als das Leitprodukt angeboten hat. Hier muss er eine allenfalls unterschiedliche Bezeichnung eindeutig klar stellen oder nachweisen, dass das angebotene Produkt dem beispielhaften gleichwertig ist.

6. Es genügt, einen Bieter einmal zur Aufklärung aufzufordern. Kommt er diesem Aufklärungersuchen nicht oder nur unvollständig nach, ist es dem Auftraggeber verwehrt eine Aufklärung der Aufklärung zu verlangen. Dies gilt umso mehr als es sich um das Nachreichen von Unterlagen handelt, die der Bieter bereits zusammen mit dem Angebot hätte vorlegen müssen.

Die wichtigste der vorgenannten Aussagen ist sicherlich die, dass der Bieter ein Recht auf *Begründung der für ihn letzten Auftraggeberentscheidung* im Vergabeverfahren hat. Der Judikaturlinie¹, die allgemein eine ausschließlich auf Zahlen beruhende Begründung ohne detaillierte verbale (schriftliche) Beurteilung als vergabewidrig ansieht und aus dem Umstand, dass bereits durch die Ausschreibung eine *verbale Begründung* auch ermöglicht sein muss², ist abzuleiten, dass es auch zu den Konkretisierungsanforderungen an eine Ausschreibung gehört, notwendige Begründungen und Beurteilungen³ bereits in der Ausschreibung verbal und schriftlich detailliert darzu-

1 BVA 19. 12. 2006, N/0091-BVA/10/2006-038; 2. 3. 2006, 04N-03/06-42, ZVB-LSK 2006/58 = ZVB-LSK 2006/60 = ZVB-LSK 2006/63; 24. 6. 2004, 17N-48/04-24, „Steinmetzarbeiten Forschungslaborgebäude“, RPA 2004, 378 (Eilinger) = ZVB 2004/80 (Grasböck) = ZVB-LSK 2004/55; 15. 2. 2002, N-134/01-37, „Bundesstraße B 311 – Wiener Südrandstraße“, BVergSlg 16.18 = RPA 2002, 96 (Etlinger) = ZVB 2002/58 (Latzenhofer); VwGH 22. 4. 2009, 2009/04/0081, 0085, bbl 2009/195 = JusGuide 2009/27/1045 (VwGH) = RdW 2009/522 = RPA

2009, 244 (Papst) = ZVB 2009/87 (G. Gruber/Eisner); vgl EuGH 18. 10. 2001, Rs C-19/00, *SIAC Construction*, Rn 41, Slg 2001, I-7725 = ARD 5304/35/2002 = RPA 2001, 171 (Pock) = wbl 2001/329 = ZER 2002/248 = ZVB 2002/6 (Pachmer).

2 BVA 7. 3. 2005, 07N-3/05-20 ua.

3 So etwa aufgrund § 98 Abs 8 BVergG, wonach in der der Beschreibung der Leistung Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit der Leistung angegeben sein müssen und der Zusatz „oder gleichwertig“ alleine nicht mehr ausreicht.

stellen. Auch die Ausschreibung selbst ist ja eine Auftraggeberentscheidung, die allenfalls die letzte für den möglichen Bieter sein kann. Zweck der Mitteilung einer ausreichenden Begründung für eine Entscheidung des Auftraggebers ist, dass der Bieter die Entscheidung des Auftraggebers überprüfen und entscheiden kann, ob er einen Nachprüfungsantrag einbringt. Wegen der kurzen Fristen für Nachprüfungsanträge muss diese Zeit zur Gänze zur Verfügung stehen.⁴ Die vorliegende Entscheidung verweist zutreffend auf EuGH *Uniplex*⁵, wonach ein Bieter erst dann in die Lage versetzt wird, einen wirksamen Nachprüfungsantrag einzubringen, wenn er die Gründe für die Ablehnung seines Angebots erfährt. Zur *Zuschlagsentscheidung* vertritt der VwGH⁶ die Ansicht, dass das Fehlen der Begründung § 131 BVergG widerspricht, im Regelfall für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist und daher die *Zuschlagsentscheidung* nichtig erklärt werden muss. Die Gründe liegen in der ungehinderten Gewährung von Rechtsschutz. Zur

Widerrufsentscheidung hat der VwGH⁷ allerdings ausgesprochen, dass es genügt, wenn objektive Gründe vorliegen, die die *Widerrufsentscheidung* tragen, auch wenn sie in der *Widerrufsentscheidung* nicht genannt sind. Eine (bloß) unzutreffende Begründung der Entscheidung des Auftraggebers reicht für eine *Nichtigerklärung* nicht aus. Für die *Ausscheidensentscheidung* bestätigt der VwGH⁸ im Wesentlichen die Judikatur zur Begründungspflicht der *Zuschlagsentscheidung*, und spricht aus, „dass § 129 Abs 3 BVergG (...) den Zweck verfolgt, dem Bieter Rechtsschutz gegen eine allfällig rechtswidrige *Ausscheidung* zu ermöglichen.“ Diesem Zweck wird eine Verständigung vom Ausscheiden nicht gerecht, die nicht einmal allgemein darauf hinweist, weshalb das Angebot des Bieters unvollständig und ein der Ausschreibung widersprechendes sein soll. Wesentlich und mit der vorliegenden Entscheidung klargestellt ist daher, dass alle letzten Entscheidungen für einen Bieter zu begründen sind. Darunter fällt eben auch eine *Ausscheidensentscheidung*.⁹

4 So zutreffend BVA 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33.

5 EuGH 28. 1. 2010, Rs C-406/08, *Uniplex*, Rn 31f, RdW 2010/68 = RPA 2010, 103 (*Frauenberger-Pfeiler*) = ZVB 2010/73 (*Grasböck*).

6 VwGH 22. 4. 2009, 2009/04/0081, 0085, wbl 2009/195 = RPA 2009, 244 (*Papst*) = ZVB 2009/87 (*G. Gruber/Eisner*).

7 VwGH 3. 9. 2008, 2008/04/0109, „*Förderanlage*“, JusGuide 2008/45/786 (VwGH) = JusGuide 2008/45/

787 (VwGH) = RPA 2008, 325 (*Reisner*) = RPA-Slg 2008/37 = ZfVB 2009/569.

8 VwGH 8. 10. 2010, 2009/04/0214, „*Infrastruktur und Außenanlagen auf Autobahnrastplätzen*“, JusGuide 2010/47/1737 (VwGH) = RdW 2010/790 = RPA 2011, 22 (*Katary*).

9 *Merl*, Rechtsfolgen einer fehlenden oder unzureichenden Begründung der *Zuschlagsentscheidung*, RPA 2010, 319.