

TE Bvwg Erkenntnis 2014/1/31 W139 2000171-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.01.2014

Entscheidungsdatum

31.01.2014

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §129 Abs1 Z5

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitii

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §322 Abs2

B-VG Art.133 Abs4

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Spruch

W-139-2000171-1/34E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 6 BVwGG iVm 292 Abs 1 BVergG durch die Richterin Mag. Kristina Hofer als Vorsitzende sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung der technischen Gebäudeausrüstung und Laborausrüstung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien" über den Antrag der XXXX, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 30. Dezember 2013 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit 292 Absatz eins, BVergG durch die Richterin Mag. Kristina Hofer als Vorsitzende sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung der technischen Gebäudeausrüstung und Laborausrüstung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien" über den Antrag der römisch 40, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 30. Dezember 2013 zu Recht erkannt:

SPRUCH

A

I. Der Antrag, "das BVA/BVwG möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Einholung eines Sachverständigengutachtens, die Entscheidung der Universität für Bodenkultur, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, mitgeteilt am 20.12.2013, im Vergabeverfahren ,Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung,

Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung der technischen Gebäudeausrüstung und Laborausstattung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien', für nichtig erklären", wird gemäß §§ 129 Abs 1 Z 5 und 7 sowie 312 Abs 2 BVergG abgewiesen.römisch eins. Der Antrag, "das BVA/BVwG möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Einholung eines Sachverständigengutachtens, die Entscheidung der Universität für Bodenkultur, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, mitgeteilt am 20.12.2013, im Vergabeverfahren ,Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung der technischen Gebäudeausrüstung und Laborausstattung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien', für nichtig erklären", wird gemäß Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 5 und 7 sowie 312 Absatz 2, BVergG abgewiesen.

II. Der in eventu gestellte Antrag, "das BVwG möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Einholung eines Sachverständigengutachtens das Vergabeverfahren ,Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung der technischen Gebäudeausrüstung und Laborausstattung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien' für nichtig erklären, da auch alle anderen Angebote auszuscheiden sind", wird gemäß §§ 2 Z 16 lit a sublit ii, 312 Abs 2, 320 Abs 1, 321 Abs 4 sowie 322 Abs 2 BVergG zurückgewiesen.römisch zwei. Der in eventu gestellte Antrag, "das BVwG möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Einholung eines Sachverständigengutachtens das Vergabeverfahren ,Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung der technischen Gebäudeausrüstung und Laborausstattung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien' für nichtig erklären, da auch alle anderen Angebote auszuscheiden sind", wird gemäß Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i., 312 Absatz 2, 320, Absatz eins, 321, Absatz 4, sowie 322 Absatz 2, BVergG zurückgewiesen.

III. Der Antrag, "das BVA/BVwG möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Einholung eines Sachverständigengutachtens der Universität für Bodenkultur auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag auf Nachprüfung in der Höhe von EUR 9.600,- zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen" sowie der Antrag, "das BVA möge der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von EUR 4.800,- zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen" werden gemäß § 319 BVergG abgewiesen.römisch drei. Der Antrag, "das BVA/BVwG möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Einholung eines Sachverständigengutachtens der Universität für Bodenkultur auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag auf Nachprüfung in der Höhe von EUR 9.600,- zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen" sowie der Antrag, "das BVA möge der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von EUR 4.800,- zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen" werden gemäß Paragraph 319, BVergG abgewiesen.

B

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG

Vorbringen der Parteien:

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 30. Dezember 2013 sowie vom 22. Jänner 2014 die im Spruch wörtlich wiedergegebenen Anträge. Die auf die Erlassung von Sicherungsmaßnahmen gerichteten Anträge wurden mit Bescheid vom 10. Jänner 2014 abgewiesen.

Begründend führte die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen (vom 30. Dezember 2013 und vom 22. Jänner 2014) sowie im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 29. Jänner 2014 zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Universität für Bodenkultur Wien führe ein Verhandlungsverfahren zum Abschluss der "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung der technischen Gebäudeausrüstung und Laborausstattung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien" (GZ: 12/H173/2012) durch. Das gegenständliche Verfahren sei am 25. Oktober 2013 (gemeint wohl 2012) im Supplement zum Amtsblatt der EU bekanntgemacht worden (L-516031-2a22). Am 23. Oktober 2013 sei die Antragstellerin zur Legung eines Letztangebotes aufgefordert worden, welches sie fristgerecht bis 7. November 2013, 12 Uhr, abgegeben habe.

Am 13. November 2013 habe die Antragstellerin eine Einladung zu einem Aufklärungsgespräch erhalten, um einige Leistungspositionen aufzuklären. In der Einladung habe die Auftraggeberin lediglich Leistungspositionen aufgelistet, habe aber jegliche Angaben, weshalb die Positionen aufklärungsbedürftig seien, unterlassen. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin im Zuge des Aufklärungsgesprächs am 15. November 2013 nur bedingt Auskünfte erteilen können, weshalb am 20. November 2013 ein ausführliches Aufklärungsschreiben an die Auftraggeberin übermittelt worden sei.

Trotz ausführlicher Angaben habe die Auftraggeberin mit Schreiben vom 20. November 2013 nochmals zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen, habe es jedoch gänzlich unterlassen, bekannt zu geben, welche Positionen weiterhin unklar seien. Es sei daher nicht überraschend, dass auch in diesem Aufklärungsgespräch vom 26. November 2013 die Antragstellerin von der Möglichkeit einer schriftlichen Stellungnahme bis 28. November 2013 Gebrauch machen musste, um die Fragen der Auftraggeberin, auf die sich die Antragstellerin mangels Ankündigung nicht habe vorbereiten können, zu beantworten.

Nach über einem Monat habe die Auftraggeberin nunmehr am 20. Dezember 2013 die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, getroffen. Diese Ausscheidensentscheidung, welche im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 2 Z 16 sublit dd BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstelle, werde hiermit angefochten. Nach über einem Monat habe die Auftraggeberin nunmehr am 20. Dezember 2013 die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, getroffen. Diese Ausscheidensentscheidung, welche im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Sub-Litera, d, d, BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstelle, werde hiermit angefochten.

Das Ausscheiden des Angebotes werde damit begründet, dass das Angebot der Antragstellerin wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG, wegen nicht nachvollziehbarer Aufklärung gemäß § 129 Abs 2 BVergG sowie auch gemäß § 129 Abs 1 Z 5 (Fehlen des Vadiums bei Angebotsöffnung) und Z 7 (den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot) BVergG auszuschneiden sei. Das Ausscheiden des Angebotes werde damit begründet, dass das Angebot der Antragstellerin wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, wegen nicht nachvollziehbarer Aufklärung gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG sowie auch gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, (Fehlen des Vadiums bei Angebotsöffnung) und Ziffer 7, (den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot) BVergG auszuschneiden sei.

Sämtliche in der Ausscheidungsentscheidung angeführten Gründe für die nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises betreffen eine angeblich unplausible Preisgestaltung auf Einzelpositionsebene. Die Preise einzelner Positionen seien für die Auftraggeberin unplausibel hoch, andere zu niedrig angeboten. Dabei übersehe die Auftraggeberin, dass aufgrund der Gestaltung des der Ausschreibung zugrundeliegenden Leistungsverzeichnisses, die Preisgestaltung innerhalb einzelner Positionen keinerlei Risiko (insbesondere keine Risiken aus Preisspekulation) für die Auftraggeberin auslöse. Die HG 01 bis 03 (das sind rund 94% des Gesamtleistungsvolumens) umfassen Einzelleistungen, die nahezu zur Gänze über die gesamte Vertragslaufzeit nach Monaten anzubieten gewesen seien und vergütet würden. Selbst wenn Einzelpositionen nun zu hoch oder zu niedrig angeboten worden wären - was bestritten werde -, würde sich am Gesamtpreis nichts ändern, da Mengenverschiebungen in den HG 01 bis 03 ausgeschlossen seien. Die Mengen der in der Ausscheidensentscheidung genannten Positionen würden sich an der fixen Vertragslaufzeit (36 Mo) orientieren bzw seien als eine Pauschale ausgeschrieben (vgl. Punkt 6 der Ausscheidensentscheidung). Es sei daher nicht möglich, dass die beanstandeten Positionen während der Vertragslaufzeit weniger oder öfter abgerufen werden. Sämtliche in der Ausscheidungsentscheidung angeführten Gründe für die nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises betreffen eine angeblich unplausible Preisgestaltung auf Einzelpositionsebene. Die Preise einzelner Positionen seien für die Auftraggeberin unplausibel hoch, andere zu niedrig angeboten. Dabei übersehe die Auftraggeberin, dass aufgrund der Gestaltung des der Ausschreibung zugrundeliegenden Leistungsverzeichnisses, die Preisgestaltung innerhalb einzelner Positionen keinerlei Risiko (insbesondere keine Risiken aus Preisspekulation) für die Auftraggeberin auslöse. Die HG 01 bis 03 (das sind rund 94% des Gesamtleistungsvolumens) umfassen Einzelleistungen, die nahezu zur Gänze über die gesamte Vertragslaufzeit nach Monaten anzubieten gewesen seien und vergütet würden. Selbst wenn Einzelpositionen nun zu hoch oder zu niedrig angeboten worden wären - was bestritten werde -, würde sich am Gesamtpreis nichts ändern, da Mengenverschiebungen in den HG 01 bis 03 ausgeschlossen seien. Die Mengen der in der Ausscheidensentscheidung

genannten Positionen würden sich an der fixen Vertragslaufzeit (36 Mo) orientieren bzw seien als eine Pauschale ausgeschrieben (vergleiche Punkt 6 der Ausscheidensentscheidung). Es sei daher nicht möglich, dass die beanstandeten Positionen während der Vertragslaufzeit weniger oder öfter abgerufen werden.

Aus den oben angeführten Gründen seien Spekulationen auf Einzelpreiseebene unmöglich, da die Gesamtleistung da facto zur Gänze pauschaliert sei. Die Aufgliederung in Monatspauschalen je Teilleistung lasse Mengenverschiebungen keinen Raum. Wesen einer Pauschale sei es, dass diese unabhängig von den konkret erbrachten Leistungen zu entrichten sei. Selbst wenn einzelne Leistungen vermehrt, andere weniger abgerufen werden sollten, wirke sich dies nicht auf das Betriebsergebnis der Antragstellerin aus, da stets die angebotene Monatspauschale zu entrichten sei.

Neben detaillierten Ausführungen zu den einzelnen von der Antragstellerin beanstandeten Einzelpositionen führte die Antragstellerin allgemein aus, dass diese Einzelpositionen jeweils nicht unplausibel seien. Es liege kein Verstoß gegen Kalkulationsvorschriften vor. Es sei auch kein spekulatives Angebot abgegeben worden. XXXX Die der Kalkulation zugrunde liegenden Zeit- und Leistungsansätze seien richtig und würden auf den Erfahrungswerten XXXX basieren. Unter Verweis auf entsprechende, dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegte Aufstellungen könne hinsichtlich der von der Antragstellerin ihrer Kalkulation zugrunde gelegten Leuchtmittelausfallsquote von 10% pro Jahr auf die Erfahrungswerte der letzten fünf Jahre zurückgegriffen werden, wonach sich selbst ohne Einrechnung der Sicherheitsbeleuchtung eine Ausfallsquote von 10,9% pro Jahr ergebe. Anhand der ausgewerteten Unterlagen sei deutlich erkennbar, dass die Ausfallsquote zwischen mehreren Prozentpunkten schwanken könne. Aber selbst aus den ausgewerteten Daten lasse sich nicht ableiten, wie viele Leuchtmittel in den nächsten drei Jahren ausfallen. Die Brenndauer einer Lampe hänge insbesondere davon ab, wie oft die Lampe in den nächsten drei Jahren ein- und ausgeschaltet wird, wie lange die einzelnen Lampen jeweils brennen werden, welche Lampen derzeit verbaut sind, wie oft diese bereits ein- und ausgeschaltet wurden und wie lange diese bereits brannten. Sei nämlich beispielsweise ein Großteil der Lampen bereits jetzt am Ende der Lebensdauer, wäre damit zu rechnen, dass in den nächsten Jahren mehr Leuchten ausfallen, als es der Fall wäre, wenn sämtliche Lampen völlig neu sind. Den Ausschreibungsunterlagen seien diese Informationen jedoch nicht zu entnehmen. Die Leuchtmittelausfallquote könne nur grob geschätzt werden, wobei die Antragstellerin aufgrund ihrer Erfahrung von einer Leuchtmittelausfallquote von rund 10% ausging. Auch habe die Antragstellerin entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin in der Position 01.02.EL.01.01.U die Inspektion und Wartung, etwa auch ein Reinigen der Leuchten einkalkuliert, nicht aber das Tauschen der betreffenden Leuchtmittel, was auch weder aus dem Aufklärungsschreiben vom 20. November 2013 noch aus dem Protokoll des Aufklärungsgesprächs vom 26. November 2013 abgeleitet werden könne. Richtig sei, dass wie in den Aufklärungsgesprächen angeführt, davon ausgegangen worden sei, dass 10% der Leuchtmittel pro Jahr ausfallen und deswegen Aufwände anfallen. Neben detaillierten Ausführungen zu den einzelnen von der Antragstellerin beanstandeten Einzelpositionen führte die Antragstellerin allgemein aus, dass diese Einzelpositionen jeweils nicht unplausibel seien. Es liege kein Verstoß gegen Kalkulationsvorschriften vor. Es sei auch kein spekulatives Angebot abgegeben worden. römisch 40 Die der Kalkulation zugrunde liegenden Zeit- und Leistungsansätze seien richtig und würden auf den Erfahrungswerten römisch 40 basieren. Unter Verweis auf entsprechende, dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegte Aufstellungen könne hinsichtlich der von der Antragstellerin ihrer Kalkulation zugrunde gelegten Leuchtmittelausfallsquote von 10% pro Jahr auf die Erfahrungswerte der letzten fünf Jahre zurückgegriffen werden, wonach sich selbst ohne Einrechnung der Sicherheitsbeleuchtung eine Ausfallsquote von 10,9% pro Jahr ergebe. Anhand der ausgewerteten Unterlagen sei deutlich erkennbar, dass die Ausfallsquote zwischen mehreren Prozentpunkten schwanken könne. Aber selbst aus den ausgewerteten Daten lasse sich nicht ableiten, wie viele Leuchtmittel in den nächsten drei Jahren ausfallen. Die Brenndauer einer Lampe hänge insbesondere davon ab, wie oft die Lampe in den nächsten drei Jahren ein- und ausgeschaltet wird, wie lange die einzelnen Lampen jeweils brennen werden, welche Lampen derzeit verbaut sind, wie oft diese bereits ein- und ausgeschaltet wurden und wie lange diese bereits brannten. Sei nämlich beispielsweise ein Großteil der Lampen bereits jetzt am Ende der Lebensdauer, wäre damit zu rechnen, dass in den nächsten Jahren mehr Leuchten ausfallen, als es der Fall wäre, wenn sämtliche Lampen völlig neu sind. Den Ausschreibungsunterlagen seien diese Informationen jedoch nicht zu entnehmen. Die Leuchtmittelausfallquote könne nur grob geschätzt werden, wobei die Antragstellerin aufgrund ihrer Erfahrung von einer Leuchtmittelausfallquote von rund 10% ausging. Auch habe die Antragstellerin entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin in der Position 01.02.EL.01.01.U die Inspektion und Wartung, etwa auch ein Reinigen der Leuchten einkalkuliert, nicht aber das Tauschen der betreffenden Leuchtmittel, was auch weder aus dem

Aufklärungsschreiben vom 20. November 2013 noch aus dem Protokoll des Aufklärungsgespräches vom 26. November 2013 abgeleitet werden könne. Richtig sei, dass wie in den Aufklärungsgesprächen angeführt, davon ausgegangen worden sei, dass 10% der Leuchtmittel pro Jahr ausfallen und deswegen Aufwände anfallen.

Des weiteren seien die beanstandete Einzelpositionen jeweils nicht wesentlich. Da die Wesentlichkeitsschwelle von mindestens 3% nicht überschritten sei, seien die beanstandeten Einzelposition unbeachtlich und die Ausscheidensentscheidung schon aus diesem Grund rechtswidrig. Ein unangemessener Preis in einzelnen Positionen sei bei Angemessenheit des Gesamtpreises nicht entscheidend. Darüber hinaus weiche der Gesamtpreis nicht mehr als 15% bis 35%, gerechnet zum Mittelwert der zwei bis vier nächstteureren Angebote, ab. Festzuhalten sei, dass trotz der jahrelangen Erfahrungen der Antragstellerin nicht vorhersehbar sei, ob ein bestimmter Arbeiter aufgrund seiner individuellen Fähigkeiten und aufgrund der tatsächlichen örtlichen Gegebenheiten (wie beispielsweise Wartezeiten beim Aufzug, viele Personen auf den Gängen, etc.) unter Umständen für einen bestimmten Arbeitsschritt ein paar Minuten weniger oder mehr benötige als kalkuliert. Da die Dauer bestimmter Arbeitsschritte im Voraus nicht minutiös exakt vorhersehbar sei, habe die Antragstellerin die Zeitansätze anhand ihrer Erfahrungen festgesetzt. Aufgrund unterschiedlicher Erfahrungen der Bieter, könne dies bei der Kalkulation zu unterschiedlichen Zeitansätzen führen. Diese Differenzen würden von der Rechtsprechung innerhalb eines bestimmten Fehlerkalküls bzw innerhalb bestimmter Toleranzschwellen gebilligt.

Die Antragstellerin habe rechtzeitig und nachvollziehbar die Kalkulation des Gesamtpreises bzw der beanstandeten Einzelpositionen dargelegt.

Sofern die Ausscheidensentscheidung nicht schon aus den oben genannten Gründen rechtswidrig erfolgt sei, werde (aus anwaltlicher Vorsicht) zum Beweis dafür, dass die Leistungs- und Zeitansätze richtig gewählt gewesen seien, die Einholung eines Gutachtens eines unabhängigen, gerichtlich beeideten Sachverständigen beantragt. Ferner werde die Einholung eines Gutachtens eines unabhängigen, gerichtlich beeideten Sachverständigen zum Beweis dafür beantragt, dass über die Vertragslaufzeit von drei Jahren damit zu rechnen sei, dass mehr als 10% der Leuchtmittel ausfallen werden. Die Einholung eines unabhängigen Sachverständigengutachtens sei notwendig, da die Auftraggeberin pauschal bestreite, dass die von der Antragstellerin herangezogenen Zeitansätze plausibel seien. XXXX Die Einholung eines unabhängigen Sachverständigengutachtens sei wesentlich, da sich - entgegen den bloßen Bestreitungen der Auftraggeberin - daraus ergebe, dass die von der Antragstellerin herangezogenen Kalkulationsansätze richtig seien. Sofern die Ausscheidensentscheidung nicht schon aus den oben genannten Gründen rechtswidrig erfolgt sei, werde (aus anwaltlicher Vorsicht) zum Beweis dafür, dass die Leistungs- und Zeitansätze richtig gewählt gewesen seien, die Einholung eines Gutachtens eines unabhängigen, gerichtlich beeideten Sachverständigen beantragt. Ferner werde die Einholung eines Gutachtens eines unabhängigen, gerichtlich beeideten Sachverständigen zum Beweis dafür beantragt, dass über die Vertragslaufzeit von drei Jahren damit zu rechnen sei, dass mehr als 10% der Leuchtmittel ausfallen werden. Die Einholung eines unabhängigen Sachverständigengutachtens sei notwendig, da die Auftraggeberin pauschal bestreite, dass die von der Antragstellerin herangezogenen Zeitansätze plausibel seien. römisch 40 Die Einholung eines unabhängigen Sachverständigengutachtens sei wesentlich, da sich - entgegen den bloßen Bestreitungen der Auftraggeberin - daraus ergebe, dass die von der Antragstellerin herangezogenen Kalkulationsansätze richtig seien.

Hinsichtlich des von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidengrundes der Nichtvorlage des Vadiums brachte die Antragstellerin vor, dass in Punkt 23. Teil A der Ausschreibungsunterlagen festgelegt worden sei, dass ein Vadium in Form eines Bankgarantiebriefes (im Original) beizulegen sei und dass das Fehlen dieses Nachweises "bei der Öffnung der letztgültigen Angebote" einen unbehebbarer Mangel darstelle.

Gemäß § 121 Abs 2 BVergG/§ 118 Abs 2 BVergG sei bei Verhandlungsverfahren - wie hier - keine formalisierte Öffnung der Angebote erforderlich. Den Bieter sei die Teilnahme an der Öffnung nicht gestattet. Das Ergebnis der Öffnung sei geheim zu halten. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung, sei bei der Öffnung der letztgültigen Angebote nicht formelhaft auf den Zeitpunkt, sondern auf den Zeitraum abzustellen. Daher sei auch die Entscheidung des BVA vom 4. Juni 2012 (N/0046-BVA/07/2012-23) auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht anzuwenden, da dort ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt wurde. Gemäß Paragraph 121, Absatz 2, BVergG/§ 118 Absatz 2, BVergG sei bei Verhandlungsverfahren - wie hier - keine formalisierte Öffnung der Angebote erforderlich. Den Bieter sei die Teilnahme an der Öffnung nicht gestattet. Das Ergebnis der Öffnung sei geheim zu halten. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung, sei bei der Öffnung der letztgültigen Angebote nicht

formelhaft auf den Zeitpunkt, sondern auf den Zeitraum abzustellen. Daher sei auch die Entscheidung des BVA vom 4. Juni 2012 (N/0046-BVA/07/2012-23) auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht anzuwenden, da dort ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt wurde.

Richtig sei, dass Herr XXXX (Mitarbeiter der Antragstellerin) um Richtig sei, dass Herr römisch 40 (Mitarbeiter der Antragstellerin) um

11.45 Uhr das Angebot übergeben habe und irrtümlich die Kopie des Vadiums in Form eines Bankgarantiebriefes beigelegt habe, obwohl er das Original in Händen gehalten habe. Da er nach der Öffnung mit Frau XXXX (Mitarbeiterin der AG) Kontakt aufnehmen wollte, sei er vor Ort anwesend geblieben. In ihrer Stellungnahme vom 22. Jänner 2014 änderte die Antragstellerin diese Darstellung dahingehend ab, dass sich das Original zu diesem Zeitpunkt bereits bei der Antragstellerin befunden und Herr XXXX unmittelbar nach Angebotsübergabe Frau XXXX angerufen habe, um ihr mitzuteilen, dass dem Angebot lediglich die Kopie des Vadiums beiliege. Frau XXXX habe daraufhin sinngemäß erwidert: "Bringen Sie das Original vorbei", woraufhin Herr XXXX mitgeteilt habe, dass er das Original in 30 Minuten beibringen werde. Während der laufenden Angebotsöffnung sei Frau XXXX nach etwa 30 Minuten aus dem Zimmer der Angebotsöffnung gekommen und habe mitgeteilt, dass die Angebotsöffnung noch am Laufen sei und sie daher noch keine Zeit habe mit ihm zu sprechen. Bei dieser Gelegenheit habe Herr XXXX das Vadium in Form eines Bankgarantiebriefes im Original an Frau XXXX übergeben. 11.45 Uhr das Angebot übergeben habe und irrtümlich die Kopie des Vadiums in Form eines Bankgarantiebriefes beigelegt habe, obwohl er das Original in Händen gehalten habe. Da er nach der Öffnung mit Frau römisch 40 (Mitarbeiterin der AG) Kontakt aufnehmen wollte, sei er vor Ort anwesend geblieben. In ihrer Stellungnahme vom 22. Jänner 2014 änderte die Antragstellerin diese Darstellung dahingehend ab, dass sich das Original zu diesem Zeitpunkt bereits bei der Antragstellerin befunden und Herr römisch 40 unmittelbar nach Angebotsübergabe Frau römisch 40 angerufen habe, um ihr mitzuteilen, dass dem Angebot lediglich die Kopie des Vadiums beiliege. Frau römisch 40 habe daraufhin sinngemäß erwidert: "Bringen Sie das Original vorbei", woraufhin Herr römisch 40 mitgeteilt habe, dass er das Original in 30 Minuten beibringen werde. Während der laufenden Angebotsöffnung sei Frau römisch 40 nach etwa 30 Minuten aus dem Zimmer der Angebotsöffnung gekommen und habe mitgeteilt, dass die Angebotsöffnung noch am Laufen sei und sie daher noch keine Zeit habe mit ihm zu sprechen. Bei dieser Gelegenheit habe Herr römisch 40 das Vadium in Form eines Bankgarantiebriefes im Original an Frau römisch 40 übergeben.

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB seien auch im Vergaberecht anzuwenden. Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB seien auch im Vergaberecht anzuwenden.

Laut Wortlaut des § 121 Abs 2 BVergG sei keine formalisierte Öffnung vorgesehen, weshalb nicht auf einen Zeitpunkt, sondern auf einen Zeitraum, nämlich von Beginn bis zum Ende der Öffnung, abgestellt werde. Laut Wortlaut des Paragraph 121, Absatz 2, BVergG sei keine formalisierte Öffnung vorgesehen, weshalb nicht auf einen Zeitpunkt, sondern auf einen Zeitraum, nämlich von Beginn bis zum Ende der Öffnung, abgestellt werde.

Die gegenständliche Ausschreibungsbestimmung laute: "Jeder Bieter wird mit Abgabe seines letztgültigen Angebotes ein Vadium in der Höhe von EUR 50.000,- zu leisten und dem letztgültigen Angebot den Nachweis über den Erlag dieses Vadiums von einer in den Mitgliedsstatuten des EWR bzw. der EU niedergelassenen Bank mit einem Long-term Issuer Credit Rating von zumindest A-(Standard & Poor's) oder einem vergleichbaren Rating einer vergleichbaren Ratingagentur (Moody's Fitch) in Form eines Bankgarantiebriefes (im Original) laut Muster Anhang 1 beizulegen haben. Das Fehlen dieses Nachweises bei der Öffnung der letztgültigen Angebote stellt einen unbeheblichen Mangel dar."

§ 121 Abs 2 BVergG und die Formulierung, "bei der Öffnung der letztgültigen Angebote" (Hervorhebung durch die Antragstellerin) stelle auf den Zeitraum der Angebotsöffnung ab. Die Ausschreibungsunterlagen würden daher festhalten, dass das Angebot auszuscheiden sei, sofern der Nachweis des Vadiums "bei der Öffnung der letztgültigen Angebote", also im Zeitraum der Angebotsöffnung, nicht beigelegt werde. Die Bestimmung müsse objektiv so verstanden werden, dass der Nachweis im Zeitraum der Angebotsöffnung noch beigelegt werden könne und das Angebot erst dann auszuscheiden sei, wenn der Nachweis nicht spätestens bei Ende der Öffnung sämtlicher Angebote beigelegt worden sei. Diese Interpretation decke sich auch mit der Interpretation durch die Auftraggeberin, zumal Frau XXXX Herrn XXXX selbst mitgeteilt habe, dass er den Nachweis im Original noch beilegen könne. Paragraph 121, Absatz

2, BVergG und die Formulierung, "bei der Öffnung der letztgültigen Angebote" (Hervorhebung durch die Antragstellerin) stelle auf den Zeitraum der Angebotsöffnung ab. Die Ausschreibungsunterlagen würden daher festhalten, dass das Angebot auszuschneiden sei, sofern der Nachweis des Vadiums "bei der Öffnung der letztgültigen Angebote", also im Zeitraum der Angebotsöffnung, nicht beigelegt werde. Die Bestimmung müsse objektiv so verstanden werden, dass der Nachweis im Zeitraum der Angebotsöffnung noch beigelegt werden könne und das Angebot erst dann auszuschneiden sei, wenn der Nachweis nicht spätestens bei Ende der Öffnung sämtlicher Angebote beigelegt worden sei. Diese Interpretation decke sich auch mit der Interpretation durch die Auftraggeberin, zumal Frau römisch 40 Herrn römisch 40 selbst mitgeteilt habe, dass er den Nachweis im Original noch beilegen könne.

Sofern das Bundesvergabeamt/Verwaltungsgericht davon ausgehe, dass aufgrund der Formulierung "bei der Öffnung der letztgültigen Angebote" unklar sei, bis zu welchem Zeitpunkt der Nachweis des Vadiums erbracht werden, gehe diese Unklarheit gemäß § 915 ABGB zu Lasten der Auftraggeberin, die sich der unklaren Formulierung bedient habe, sodass die Formulierung so auszulegen sei, dass auf den Zeitpunkt des Endes der Öffnung des letzten Angebots abzustellen sei. Da die Antragstellerin das Vadium im Original zwischen dem Beginn der Öffnung des ersten Angebots und dem Ende der Öffnung des letzten Angebots beigelegt habe, sei der Nachweis des Vadiums in Form eine Bankgarantiebriefes im Original rechtzeitig "bei der Öffnung der letztgültigen Angebote" erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei daher nicht gemäß § 129 Abs 1 Z 5 BVergG auszuschneiden. Sofern das Bundesvergabeamt/Verwaltungsgericht davon ausgehe, dass aufgrund der Formulierung "bei der Öffnung der letztgültigen Angebote" unklar sei, bis zu welchem Zeitpunkt der Nachweis des Vadiums erbracht werden, gehe diese Unklarheit gemäß Paragraph 915, ABGB zu Lasten der Auftraggeberin, die sich der unklaren Formulierung bedient habe, sodass die Formulierung so auszulegen sei, dass auf den Zeitpunkt des Endes der Öffnung des letzten Angebots abzustellen sei. Da die Antragstellerin das Vadium im Original zwischen dem Beginn der Öffnung des ersten Angebots und dem Ende der Öffnung des letzten Angebots beigelegt habe, sei der Nachweis des Vadiums in Form eine Bankgarantiebriefes im Original rechtzeitig "bei der Öffnung der letztgültigen Angebote" erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei daher nicht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG auszuschneiden.

Der Vollständigkeit halber halte die Antragstellerin fest, dass auch der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG nicht erfüllt sei. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbarer Mangel sei darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde. "Im Hinblick auf vorzulegende Nachweise ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (etwa die Leistungsfähigkeit als solche) fehlt (in diesem Fall liegt ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis des im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall handelt es sich um einen behebbaren Mangel)" (VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087). In der zitierten Entscheidung habe die Festlegung der Ausschreibung gelautet: "Ein Der Vollständigkeit halber halte die Antragstellerin fest, dass auch der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG nicht erfüllt sei. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbarer Mangel sei darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde. "Im Hinblick auf vorzulegende Nachweise ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (etwa die Leistungsfähigkeit als solche) fehlt (in diesem Fall liegt ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis des im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall handelt es sich um einen behebbaren Mangel)" (VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087). In der zitierten Entscheidung habe die Festlegung der Ausschreibung gelautet: "Ein

Prüfbericht ... muss im Angebot enthalten sein (fehlt dieser

Prüfbericht, wird das Angebot ausgeschlossen)". Der VwGH habe die Auffassung der Behörde bestätigt, dass bei einer derartigen Formulierung eine Verbesserung zulässig sei. Dort habe der Prüfbericht nämlich nicht als solcher gefehlt, sondern wurde bloß nicht innerhalb der Angebotsfrist vorgelegt. Der Bieter habe nämlich - so der VwGH - lediglich einen Nachweis nachgereicht, der im entscheidungsrelevanten Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist bereits vorgelegen sei und habe daher ihr Angebot inhaltlich nicht nachträglich geändert, sondern lediglich einen Bestandteil des Angebotes, der ursprünglich nicht vorgelegt wurde, nachgereicht.

Die Formulierung "im Angebot enthalten sein" lasse Interpretationsspielraum für eine nachträgliche Vorlage eines Angebotsbestandteils, da mit der Formulierung nicht auf einen bestimmten Zeitpunkt für das Vorliegen des

Nachweises abgestellt werde. Der Nachweis sei auch dann "im Angebot enthalten", wenn er zu einem Zeitpunkt nach der Angebotsabgabe vorgelegt werde. Die Bedingung des "im Angebot Enthaltenseins" sei laut VwGH durch das Nachreichen erfüllbar. Das Nachreichen verletze auch nicht die Festlegung, dass bei Fehlen des Prüfberichts das Angebot auszuschneiden sei.

In der gegenständlichen Angelegenheit sei "mit Abgabe des letztgültigen Angebotes [...] ein Vadium [...] zu leisten und dem letztgültigen Angebot [der] Nachweis über den Erlag dieses Vadiums [...] beizulegen". Auch diese Formulierung lasse Interpretationsspielraum für eine nachträgliche Vorlage des Angebotsbestandteils, da auch hier nicht auf einen bestimmten Zeitpunkt für das Vorliegen des Nachweises abgestellt werde. Laut den Festlegungen der Ausschreibung sei das Vadium "mit Abgabe des Angebotes", also (spätestens) zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebotes, zu leisten. Werde aber das Vadium zum spätesten möglichen Zeitpunkt geleistet, sei es unmöglich zeitgleich den Nachweis des Vadiums dem Angebot beizulegen. Die Formulierung es sei "dem letztgültigen Angebot [der] Nachweis über den Erlag dieses Vadiums [...] beizulegen", könne daher nur so verstanden werden, dass der Nachweis erst nach der Leistung des Vadiums "dem Angebot beizulegen" ist. Da das Vadium mit Abgabe des Angebotes, also theoretisch zeitgleich mit der Angebotslegung, zu leisten sei, könne der Nachweis über die Leistung des Vadiums erst eine "logische" Sekunde nach der Angebotslegung vorliegen und daher erst nach der Angebotslegung beizulegen sein. Der Nachweis sei im Übrigen auch dann "dem Angebot beigelegt", wenn er zu einem Zeitpunkt nach der Angebotslegung beigelegt werde. Die Bedingung des "dem Angebot Beigelegtseins" könne durch ein Nachreichen erfüllt werden.

Unabhängig davon, ob der Nachweis des Vadiums im Original rechtzeitig beigelegt worden sei, sei das Vadium im Zeitpunkt der Angebotslegung bereits vorhanden gewesen, sei zunächst in Kopie beigelegt und schließlich ohne Aufforderung zirka 30 Minuten nach Abgabe des Angebotes nachgereicht worden. Sofern die Beilegung des Originals überhaupt verspätet erfolgt sein sollte - was bestritten werde, da die Öffnung der Angebote noch nicht abgeschlossen gewesen sei - handle es sich laut der oben zitierten Rechtsprechung um einen behebbaren Mangel, da der geforderte Nachweis zum maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhanden gewesen sei.

Darüber hinaus enthalte § 108 Abs 2 BVergG die gesetzliche Vermutung, dass das Angebot der Bieter den Ausschreibungsunterlagen entspreche. Vor dem Hintergrund des § 108 Abs 2 BVergG sei die Annahme, ein Bieter wolle ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen, nur dann gerechtfertigt, wenn er dies - klar - zum Ausdruck bringe (VwGH vom 21. März 2011, 2007/04/0007). Es bestehe kein Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen, wenn der Bieter irrtümlich oder versehentlich eine Erklärung abgebe, die (vermeintlich) den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht (vgl VwGH vom 25. Jänner 2011, 2006/04/0200). Wenn der Anbieter ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen möchte, müsse er dies klar zum Ausdruck bringen. Tue er dies nicht und lege beispielsweise irrtümlich seine Bedingungen dem Angebot bei, so könne nicht daraus geschlossen werden, dass er damit ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen haben wollen (VwGH 19. November 2008, 2004/04/0102). Der VwGH akzeptiere daher auch hier ein gewisses Fehlerkalkül. Dass dem Angebot der Antragstellerin irrtümlich die Kopie des Vadiums beigelegt wurde, bedeute daher nicht, dass die Antragstellerin ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen haben wollen. Die Antragstellerin habe vielmehr irrtümlich das Original des Nachweises nicht beigelegt und dieses unverzüglich ohne Aufforderung nachgereicht. Darüber hinaus enthalte Paragraph 108, Absatz 2, BVergG die gesetzliche Vermutung, dass das Angebot der Bieter den Ausschreibungsunterlagen entspreche. Vor dem Hintergrund des Paragraph 108, Absatz 2, BVergG sei die Annahme, ein Bieter wolle ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen, nur dann gerechtfertigt, wenn er dies - klar - zum Ausdruck bringe (VwGH vom 21. März 2011, 2007/04/0007). Es bestehe kein Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen, wenn der Bieter irrtümlich oder versehentlich eine Erklärung abgebe, die (vermeintlich) den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht vergleiche VwGH vom 25. Jänner 2011, 2006/04/0200). Wenn der Anbieter ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen möchte, müsse er dies klar zum Ausdruck bringen. Tue er dies nicht und lege beispielsweise irrtümlich seine Bedingungen dem Angebot bei, so könne nicht daraus geschlossen werden, dass er damit ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen haben wollen (VwGH 19. November 2008, 2004/04/0102). Der VwGH akzeptiere daher auch hier ein gewisses Fehlerkalkül. Dass dem Angebot der Antragstellerin irrtümlich die Kopie des Vadiums beigelegt wurde, bedeute daher nicht, dass die Antragstellerin ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen haben wollen. Die Antragstellerin habe vielmehr irrtümlich das Original des Nachweises nicht beigelegt und dieses unverzüglich ohne Aufforderung nachgereicht.

Die Bestimmung, dass der Nachweis im Original beizulegen sei, könne ihren Zweck nur darin haben, dass der Manipulationsgefahr vorgebügelt werde. So werde verhindert, dass ein und dasselbe Vadium für beispielsweise mehrere Ausschreibungen verwendet werde, obwohl tatsächlich nur ein Vadium vorhanden sei. In der gegenständlichen Angelegenheit bestehe diese Manipulations- bzw. Missbrauchsgefahr aber von vorneherein nicht, da auf dem Original des Vadiums der Antragstellerin vermerkt sei, dass das Vadium nur für die gegenständliche Ausschreibung geleistet worden sei.

Die Beilegung des Vadiums in Form eines Bankgarantiebrieves im Original bis zum Ende der Öffnung der letztgültigen Angebote sei daher rechtzeitig bzw. den Ausschreibungsbestimmungen entsprechend erfolgt. Die Ausscheidensentscheidung erweise sich sohin als rechtswidrig.

Im Übrigen vermute die Antragstellerin, dass neben ihr bloß noch eine einzige Bieterin im Vergabeverfahren verblieben sei. Das Angebot der einzigen noch verbliebenen Bieterin sei ebenfalls auszuschneiden, was dadurch bestätigt werde, dass die Zuschlagsentscheidung nicht gleichzeitig mit der Ausscheidensentscheidung erfolgt sei. Die Auftraggeberin warte vermutlich das rechtskräftige Ausscheiden der Antragstellerin ab, um dann die Zuschlagsentscheidung zu fällen, worüber die die Antragstellerin nicht mehr informiert werde und so die Zuschlagsentscheidung der Nachprüfung entzogen werde.

Die Auftraggeberin verstoße gegen das Gleichbehandlungsgebot, wenn sie bloß die Antragstellerin auffordere, ihr Angebot bis ins Detail zu begründen und beispielsweise darzulegen, mit welchen durchschnittlichen Gehgeschwindigkeiten kalkuliert worden sei. Bei Anlegen eines gleich hohen Prüfungsmaßstabs wie bei der Antragstellerin, wären auch die Angebote aller anderen verbliebenen Bieter auszuschneiden und das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen. Die Rechtswidrigkeit liege in der Unterlassung des zwingend gebotenen Widerrufs.

Laut EuGH in der Rechtssache "Fastweb" komme rechtskräftig ausgeschiedenen Bietern die Antragslegitimation zu, wenn (wie hier) das Angebot des einzigen verbliebenen Bieters auszuschneiden gewesen wäre. Dennoch bestehe für die Antragstellerin hier ein erhebliches Rechtsschutzdefizit. Um die noch folgende Zuschlagsentscheidung zu bekämpfen, müsste sie innerhalb der Stillhaltefrist den Nachprüfungsantrag stellen. Da die Antragstellerin jedoch vom Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. vom Beginn der Stillhalte- bzw. Antragsfrist (nach rechtskräftigem Ausscheiden) keine Kenntnis erlange, sei dies schwer möglich. Die Antragstellerin müsste "blind" Nachprüfungsanträge stellen, um die Frist zu wahren, die jeweils die Pauschalgebühren auslösen würden, weshalb auch diesbezüglich ein Schaden drohe.

Darüber hinaus setze laut Rechtsprechung des VwGH der unionsrechtlich gebotene effektive Rechtsschutz im Hinblick auf die Begründungspflicht der Zuschlagsentscheidung voraus, dass den betroffenen Bietern die Zuschlagsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers nicht nur bekannt gegeben werde, sondern dass sie anhand ihrer Begründung auch in die Lage versetzt werden, rechtzeitig eine wirksame Nachprüfung dieser Entscheidung in die Wege zu leiten. Dies sei nicht möglich, wenn die Zuschlagsentscheidung nicht zur Kenntnis gelange.

Ferner sei festzuhalten, dass § 23 BVergG sämtliche Verfahrensbeteiligte zur Geheimhaltung schutzwürdiger Angaben verpflichte. Sie könne aber keine Grundlage dafür bieten, einem Bieter die Einsicht in verfahrensgegenständliche Urkunden, auf die sich die Behörde in ihrer Entscheidung tragend stützen möchte, generell zu verweigern. Maßstab für die Ausnahme von der Akteneinsicht sei vielmehr § 17 Abs 3 AVG (VwGH vom 9. April 2013, 2011/04/0207). Im Rahmen der Abwägung nach § 17 Abs 3 AVG sei nach der Rechtsprechung des VwGH im Einzelfall zu beurteilen, inwieweit ein überwiegendes Interesse bestehe, einem Bieter bestimmte Informationen vorzuenthalten, wobei gleichzeitig die effektive Rechtsverfolgung sicherzustellen sei. Ferner sei festzuhalten, dass Paragraph 23, BVergG sämtliche Verfahrensbeteiligte zur Geheimhaltung schutzwürdiger Angaben verpflichte. Sie könne aber keine Grundlage dafür bieten, einem Bieter die Einsicht in verfahrensgegenständliche Urkunden, auf die sich die Behörde in ihrer Entscheidung tragend stützen möchte, generell zu verweigern. Maßstab für die Ausnahme von der Akteneinsicht sei vielmehr Paragraph 17, Absatz 3, AVG (VwGH vom 9. April 2013, 2011/04/0207). Im Rahmen der Abwägung nach Paragraph 17, Absatz 3, AVG sei nach der Rechtsprechung des VwGH im Einzelfall zu beurteilen, inwieweit ein überwiegendes Interesse bestehe, einem Bieter bestimmte Informationen vorzuenthalten, wobei gleichzeitig die effektive Rechtsverfolgung sicherzustellen sei.

Im Urteil des EuGH in der Rechtssache "Varec SA" habe der Gerichtshof klargestellt, dass im kontradiktorischen Verfahren zur Überprüfung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zwar kein Anspruch auf unbegrenzten und uneingeschränkten Zugang zu allen bei der Nachprüfungsinstanz eingereichten und dieses Verfahren

betreffenden Informationen bestehe, sondern dass dieses Zugangsrecht vielmehr gegen das Recht anderer Wirtschaftsteilnehmer auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse "abzuwägen" sei. Der Grundsatz des Schutzes von vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen müsse so ausgestaltet sein, dass er mit den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten in Einklang stehe und dass in Verfahren vor einem Gericht im Sinne von Art 234 EG sichergestellt sei, dass in dem Rechtsstreit insgesamt das Recht auf ein faires Verfahren beachtet werde. Im Urteil des EuGH in der Rechtssache "Varec SA" habe der Gerichtshof klargestellt, dass im kontradiktorischen Verfahren zur Überprüfung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zwar kein Anspruch auf unbegrenzten und uneingeschränkten Zugang zu allen bei der Nachprüfungsinstanz eingereichten und dieses Verfahren betreffenden Informationen bestehe, sondern dass dieses Zugangsrecht vielmehr gegen das Recht anderer Wirtschaftsteilnehmer auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse "abzuwägen" sei. Der Grundsatz des Schutzes von vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen müsse so ausgestaltet sein, dass er mit den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten in Einklang stehe und dass in Verfahren vor einem Gericht im Sinne von Artikel 234, EG sichergestellt sei, dass in dem Rechtsstreit insgesamt das Recht auf ein faires Verfahren beachtet werde.

Vorliegend komme der Antragstellerin zwar die Antragslegitimation zu, sie könne aber ihre Recht kaum wahrnehmen, da sie (nach rechtskräftigem Ausscheiden) keine Kenntnis von der Zuschlagsentscheidung bzw der Antragsfrist erlange. Ein effizienter Rechtsschutz sei nur gegeben, wenn das BVwG feststelle, dass auch die Angebote der verbliebenen Bieter auszuschneiden wären, weshalb zwingende Widerrufsgründe vorliegen und das Vergabeverfahren zu widerrufen ist. Die letzte verbliebene Bieterin habe in wesentlichen Positionen zu hohe und in anderen wesentlichen Positionen zu niedrige Einheitspreise kalkuliert. Die Kalkulationen der verbliebenen Bieter seien betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar. Es liege eine Mischkalkulation vor. Die letzte verbliebene Bieterin habe für gleiche Leistungen verschiedene Preise kalkuliert. Die herangezogenen Zeit- und Leistungsansätze seien nicht nachvollziehbar.

Solange der Antragstellerin nicht Akteneinsicht gewährt werde bzw das BVwG nicht feststelle, dass das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen sei, seien die Voraussetzungen für einen effizienten Rechtsschutz nicht gegeben und werde das Recht der Antragstellerin auf ein faires Verfahren verletzt.

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe sich schon daraus, dass sie ein Angebot gelegt habe. Würde das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden und der gegenständliche Vertrag mit einem anderen Bieter abgeschlossen werden, so hätte die Antragstellerin keine Chance mehr im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erhalten und würde der Antragstellerin bzw beiden Unternehmen, aus denen sich die Bietergemeinschaft zusammensetze, ein großer finanzieller und sonstiger Schaden drohen. Dieser bestehe im Verlust einer Chance auf Abschluss eines Vertrages in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren. Darüber hinaus drohe auch ein finanzieller Schaden zumindest in Höhe des entgangenen Gewinns, der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Teilnahme- wie auch der Ausschreibungsunterlagen und der Angebotserstellung sowie der bisherigen anwaltlichen Vertretung. Weiters drohe ein Schaden in Form des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens unter anderem gemäß § 19 Abs 1 BVergG verletzt, insbesondere in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebots und Berücksichtigung in der Bestbieterbewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Angebots und auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten. Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens unter anderem gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt, insbesondere in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebots und Berücksichtigung in der Bestbieterbewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Angebots und auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten.

Mit Schriftsatz vom 7. Jänner 2014 erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft, Währingerstraße 2-4, 1090 Wien, dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelte sie die Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG (CPV-Code 50700000, 71630000, 71700000). Als Art des Vergabeverfahrens iSd § 25 BVergG bezeichnet die Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Die Öffnung der letztgültigen Angebote habe am 7. November 2013 stattgefunden. Bislang sei weder eine Bekanntgabe

der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll noch die Bekanntgabe einer Widerrufsentscheidung erfolgt, sohin auch kein Widerruf erklärt oder Zuschlag erteilt worden. Mit Schriftsatz vom 7. Jänner 2014 erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft, Währingerstraße 2-4, 1090 Wien, dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelte sie die Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG (CPV-Code 50700000, 71630000, 71700000). Als Art des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 25, BVergG bezeichnet die Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Die Öffnung der letztgültigen Angebote habe am 7. November 2013 stattgefunden. Bislang sei weder eine Bekanntgabe der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll noch die Bekanntgabe einer Widerrufsentscheidung erfolgt, sohin auch kein Widerruf erklärt oder Zuschlag erteilt worden.

Zum Nachprüfungsantrag nahm die Auftraggeberin mit Schriftsätzen vom 10. Jänner 2014 sowie vom 28. Jänner 2014 sowie im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 29. Jänner 2014 inhaltlich Stellung.

Die Antragstellerin habe am 7. November 2013, 11.40 Uhr ihr letztgültiges Angebot abgegeben. Sie sei in der Folge zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen worden, wobei in der Einladung die Preispositionen, welche Gegenstand des Aufklärungsgesprächs sein sollten, dezidiert angeführt und nach Auflistung dieser Leistungspositionen seitens der Auftraggeberin ausdrücklich festgehalten worden sei, dass die Antragstellerin ersucht werde, "[...] dafür Sorge zu tragen, dass bei dem Aufklärungsgespräch sämtliche der vorgenannten Preispositionen eingehend erörtert werden können." Die Ausführungen der Antragstellerin, wonach sie im Zuge des Aufklärungsgesprächs am 15. November 2013 nur bedingt Auskünfte erteilen habe können und auch nach dem Aufklärungsgespräch vom 26. November 2013 von der Möglichkeit einer schriftlichen Stellungnahme Gebrauch nehmen habe müssen, weil ihr angeblich nicht mitgeteilt worden wäre, warum die Positionen aufklärungsbedürftig wären, sei nicht nachvollziehbar. Der Antragstellerin sei jeweils Gelegenheit gegeben worden schriftlich Stellung zu nehmen, obgleich die Preispositionen konkret bezeichnet worden seien und beim Aufklärungsgespräch vom 15. November 2013 der Antragstellerin auch mit hinreichender Deutlichkeit mitgeteilt worden sei, dass die auf der ersten Seite des Schreibens vom 13. November 2013 genannten Positionspreise eher hoch, die auf der zweiten Seite genannten Positionspreise eher niedrig kalkuliert erscheinen.

Nach der Judikatur des VwGH und des BVA erfasse § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen können. Nach der Judikatur des VwGH reiche dafür mitunter sogar ein einziger unplausibler Einheitspreis, wobei im gegenständlichen Fall ohnehin eine Vielzahl von Einheitspreisen nicht nachvollziehbar kalkuliert worden sei. Die Prüfung gemäß § 125 Abs 3 Z 3 BVergG umfasse insbesondere auch den Fall des Zweifels an der Preisangemessenheit unwesentlicher Positionen. Der Auftraggeber sei in diesem Falle berechtigt, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen und dabei diese Einheitspreise auf ihre Plausibilität zu prüfen. Ergebe diese Prüfung, dass die Einheitspreise nicht plausibel sind, so habe der Auftraggeber gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG das Angebot wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschneiden. Nach der Judikatur des VwGH und des BVA erfasse Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen können. Nach der Judikatur des VwGH reiche dafür mitunter sogar ein einziger unplausibler Einheitspreis, wobei im gegenständlichen Fall ohnehin eine Vielzahl von Einheitspreisen nicht nachvollziehbar kalkuliert worden sei. Die Prüfung gemäß Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG umfasse insbesondere auch den Fall des Zweifels an der Preisangemessenheit unwesentlicher Positionen. Der Auftraggeber sei in diesem Falle berechtigt, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen und dabei diese Einheitspreise auf ihre Plausibilität zu prüfen. Ergebe diese Prüfung, dass die Einheitspreise nicht plausibel sind, so habe der Auftraggeber gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG das Angebot wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschneiden.

Gegenständlich seien sämtliche in der Ausscheidensentscheidung genannten Preise des Angebots der Antragstellerin nicht erklärbar und von der Antragstellerin auch nicht nachvollziehbar aufgeklärt worden. Damit sei neben dem Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auch der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 2 BVergG erfüllt, da es die Antragstellerin unterlassen habe, innerhalb der ihr gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben bzw habe ihre Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Gegenständlich seien sämtliche in der Ausscheidensentscheidung genannten Preise des Angebots der Antragstellerin nicht erklärbar und von der

Antragstellerin auch nicht nachvollziehbar aufgeklärt worden. Damit sei neben dem Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auch der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG erfüllt, da es die Antragstellerin unterlassen habe, innerhalb der ihr gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben bzw habe ihre Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt.

Darüber hinaus würden durch "Einrechnen" von Instandsetzungsleistungen in die Monatspauschalen der HG 01, 02 und 03, welche eigentlich nach der HG 04 nur bei tatsächlichem Bedarf verrechenbar seien, Leistungen verrechnet, welche möglicherweise gar nicht erbracht werden. Eine solche Kalkulation erfülle den Tatbestand der spekulativen Preisgestaltung, was zwingend die Ausscheidung des Angebots der Antragstellerin zur Folge habe.

Zur Position 01.01.EL.01.01U führte die Auftraggeberin aus, dass die Antragstellerin entgegen den Ausschreibungsvorgaben in dieser Position auch den Tausch von Leuchtmitteln kalkuliert habe, dies sei hier allerdings nur dann einzukalkulieren, wenn im Zuge von Instandsetzungsarbeiten der Tausch weitere Leuchtmittel notwendig werden sollte. Im Übrigen sei aber der Tausch von rund 1.900 Stück Leuchtmittel in der HG 04, Position 04.02.EL.65.03A bis C ausgeschrieben. Die Annahme der Antragstellerin, dass rund 10% der Leuchtmittel pro Jahr ausfallen würden, sei völlig unplausibel und nicht nachvollziehbar. Dies werde durch eine von der Auftraggeberin zwischenzeitig veranlasste Prüfung der Ankäufe von Leuchtmitteln bestätigt, wonach durchschnittlich lediglich 5 % der Leuchtmittel pro Jahr ausfallen würden.

Zum Ausscheidensgrund der Nichtvorlage des Vadiums führte die Auftraggeberin aus, dass der Sachverhalt von der Antragstellerin diesbezüglich unrichtig dargestellt werde: Weder habe Herr XXXX bei der Angebotsabgabe das Original des Bankgarantiebriefes in Händen gehalten, noch sei er rein zufällig vor Ort anwesend geblieben. Herr XXXX habe beim Überreichen des Angebotes vielmehr mitgeteilt, dass dem Angebot der Antragstellerin nur eine Kopie des Bankgarantiebriefes angeschlossen wäre, und gefragt, ob er das Original noch beibringen solle. Frau XXXX habe ihm daraufhin mitgeteilt, dass die Vorlage des Originals des Vadiums erforderlich sei. Daraufhin habe Herr XXXX gemeint, er lasse sich das Original bringen. Frau XXXX habe erwidert, dass Herr XXXX anrufen solle, wenn er das Original habe. Erst um 12:35 Uhr, als die Angebote bereits geöffnet gewesen seien, habe Herr XXXX telefonisch Frau XXXX kontaktiert. Frau XXXX habe daraufhin kurzzeitig die Sitzung, in der die Angebote geöffnet worden waren, verlassen und von Herrn XXXX das Original des Vadiums übernommen. Im Protokoll über die Angebotsöffnung sei dementsprechend vermerkt worden, dass zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nur eine Kopie des Vadiums vorgelegen und das Original um 12.35 Uhr nachgereicht worden sei. Zum Ausscheidensgrund der Nichtvorlage des Vadiums führte die Auftraggeberin aus, dass der Sachverhalt von der Antragstellerin diesbezüglich unrichtig dargestellt werde: Weder habe Herr römisch 40 bei der Angebotsabgabe das Original des Bankgarantiebriefes in Händen gehalten, noch sei er rein zufällig vor Ort anwesend geblieben. Herr römisch 40 habe beim Überreichen des Angebotes vielmehr mitgeteilt, dass dem Angebot der Antragstellerin nur eine Kopie des Bankgarantiebriefes angeschlossen wäre, und gefragt, ob er das Original noch beibringen solle. Frau römisch 40 habe ihm daraufhin mitgeteilt, dass die Vorlage des Originals des Vadiums erforderlich sei. Daraufhin habe Herr römisch 40 gemeint, er lasse sich das Original bringen. Frau römisch 40 habe erwidert, dass Herr römisch 40 anrufen solle, wenn er das Original habe. Erst um 12:35 Uhr, als die Angebote bereits geöffnet gewesen seien, habe Herr römisch 40 telefonisch Frau römisch 40 kontaktiert. Frau römisch 40 habe daraufhin kurzzeitig die Sitzung, in der die Angebote geöffnet worden waren, verlassen und von Herrn römisch 40 das Original des Vadiums übernommen. Im Protokoll über die Angebotsöffnung sei dementsprechend vermerkt worden, dass zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nur eine Kopie des Vadiums vorgelegen und das Original um 12.35 Uhr nachgereicht worden sei.

Die Antragstellerin versuche nun, das Vorliegen eines Ausscheidensgrundes zu bestreiten, indem sie die Formulierung "Das Fehlen dieses Nachweises bei der Öffnung der letztgültigen Angebote stellt einen unbehebbarer Mangel dar [...]" aus dem Zusammenhang reiße und dahingehend umdeuten möchte, dass der Nachweis über den Erlag des Vadiums auch noch während der Angebotsöffnung nachgebracht werden könne.

Dieser Umdeutungsversuch sei schon deshalb untauglich, weil, selbst wenn man die Formulierung vom "Fehlen dieses Nachweises bei der Öffnung" im Sinne der Ausführungen der Antragstellerin auslegen wollte, die Antragstellerin den geforderten Nachweis (das Original des Bankgarantiebriefes) erst um 12.35 Uhr überreicht habe, als sämtliche letztgültigen Angebote bereits geöffnet gewesen seien.

Hinzukomme, dass die Formulierung vom "Fehlen dieses Nachweises bei der Öffnung der letztgültigen Angebote" im

Zusammenhang mit den von der Auftraggeberin getroffenen Festlegungen über die Vorlage des geforderten Nachweises zu lesen sei, die eben verlangen, dass der Nachweis über den Erlag des Vadiums in Form eines Bankgarantiebrieves (im Original) bereits "dem letztgültigen Angebot [...] beizulegen" sei, folglich noch innerhalb der Angebotsfrist vorgelegt werden müsse. Ein Nachreichen von Unterlagen sei in Teil A, Punkt 17.2 der Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich nur für den Fall vorgesehen, dass ein behebbarer Mangel vorliege, was bei Fehlen des Nachweises des Vadiums laut Teil A, Punkt 23 der Ausschreibungsunterlagen aber gerade nicht der Fall sei.

Dies folge auch aus der gebotenen gesetzeskonformen Auslegung der Ausschreibungsunterlagen, zumal der Auftraggeber, wenn er ein Vadium verlangt, laut § 86 BVergG gesetzlich verpflichtet sei, vorzuschreiben, "dass dem Angebot der Nachweis über den Erlag eines Vadiums beizulegen ist und das Fehlen eines solchen Nachweises einen unbehebbarer Mangel darstellt". Dies folge auch aus der gebotenen gesetzeskonformen Auslegung der Ausschreibungsunterlagen, zumal der Auftraggeber, wenn er ein Vadium verlangt, laut Paragraph 86, BVergG gesetzlich verpflichtet sei, vorzuschreiben, "dass dem Angebot der Nachweis über den Erlag eines Vadiums beizulegen ist und das Fehlen eines solchen Nachweises einen unbehebbarer Mangel darstellt".

Vor allem aber wäre es mit den Grundsätzen der Transparenz des Vergabeverfahrens und der Bietergleichbehandlung nicht zu vereinbaren, die zitierte Formulierung so zu verstehen, dass der Nachweis des Vadiums erst bei der Angebotsöffnung erbracht werden müsse: Wie die Antragstellerin selbst zutreffend ausführe, schreibe das Gesetz bei Verhandlungsverfahren - im Unterschied zu offenen und nicht offenen Verfahren - gar keine formalisierte Öffnung der Angebote vor. Insbesondere sei es - anders als nach § 121 Abs 1 BVergG - im Verhandlungsverfahren nicht erforderlich, dass die Angebote "am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist" geöffnet werden. Es stehe dem Auftraggeber daher im Verhandlungsverfahren frei, den Zeitpunkt zu wählen, zu dem er die Angebote öffnet. Wollte man die Ausschreibung so interpretieren, wie dies nun die Antragstellerin tut, könnte der Auftraggeber daher beliebig lange mit der Angebotsöffnung zuwarten, um es einem Bieter noch zu ermöglichen, den Nachweis des Vadiums nachzureichen. Gerade der vorliegende Sachverhalt zeige sehr anschaulich, dass eine solche willkürliche Gestaltungsmöglichkeit für den Auftraggeber mit den Grundsätzen des Vergaberechts nicht in Einklang zu bringen wäre. Schließlich liefere sie im Ergebnis daraus hinaus, dass der Auftraggeber einem einzelnen Bieter durch Verlängerung der Frist für die Vorlage des Nachweises des Vadiums eine gültige Angebotslegung erst ermöglichen und damit einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte; der Bieter könnte dann noch nach Ablauf der Angebotsfrist über die Rechtswirksamkeit seines Angebotes disponieren, indem er - aus welchen Motiven immer - die Entscheidung darüber, ein nicht auszuschließendes Angebot abzugeben, auf den späteren Zeitpunkt (Zeitpunkt der Angebotsöffnung) verschiebe, während die anderen Bieter bereits gebunden wären. Letzteres würde übrigens auch dem Zweck des Vadiums, einen einseitigen "Rücktritt" vom Angebot zu verhindern, diametral zuwiderlaufen. Vor allem aber wäre es mit den Grundsätzen der Transparenz des Vergabeverfahrens und der Bietergleichbehandlung nicht zu vereinbaren, die zitierte Formulierung so zu verstehen, dass der Nachweis des Vadiums erst bei der Angebotsöffnung erbracht werden müsse: Wie die Antragstellerin selbst zutreffend ausführe, schreibe das Gesetz bei Verhandlungsverfahren - im Unterschied zu offenen und nicht offenen Verfahren - gar keine formalisierte Öffnung der Angebote vor. Insbesondere sei es - anders als nach Paragraph 121, Absatz eins, BVergG - im Verhandlungsverfahren nicht erforderlich, dass die Angebote "am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist" geöffnet werden. Es stehe dem Auftraggeber daher im Verhandlungsverfahren frei, den Zeitpunkt zu wählen, zu dem er die Angebote öffnet. Wollte man die Ausschreibung so interpretieren, wie dies nun die Antragstellerin tut, könnte der Auftraggeber daher beliebig lange mit der Angebotsöffnung zuwarten, um es einem Bieter noch zu ermöglichen, den Nachweis des Vadiums nachzureichen. Gerade der vorliegende Sachverhalt zeige sehr anschaulich, dass eine solche willkürliche Gestaltungsmöglichkeit für den Auftraggeber mit den Grundsätzen des Vergaberechts nicht in Einklang zu bringen wäre. Schließlich liefere sie im Ergebnis daraus hinaus, dass der Auftraggeber einem einzelnen Bieter durch Verlängerung der Frist für die Vorlage des Nachweises des Vadiums eine gültige Angebotslegung erst ermöglichen und damit einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte; der Bieter könnte dann noch nach Ablauf der Angebotsfrist über die Rechtswirksamkeit seines Angebotes disponieren, indem er - aus welchen Motiven immer - die Entscheidung darüber, ein nicht auszuschließendes Angebot abzugeben, auf den späteren Zeitpunkt (Zeitpunkt der Angebotsöffnung) verschiebe, während die anderen Bieter bereits gebunden wären. Letzteres würde übrigens auch dem Zweck des Vadiums, einen einseitigen "Rücktritt" vom Angebot zu verhindern, diametral zuwiderlaufen.

Im Übrigen werde auf zwei Entscheidungen des Bundesvergabebeamten verweisen (N/0045-BVA/07/2012-23 und N/0046-BVA/07/2012-23), wonach "die Beilage des Originaldokumentes der Bankgarantie im Angebot ein zwingendes Erfordernis" und das Fehlen des Originals des Vadiums ein zwingender Ausscheidungsgrund sei.

Auch sei das von der Antragstellerin angeführte Erkenntnis des VwGH vom 12.5.2011, 2008/04/0087, nicht geeignet den Standpunkt, dass die Nichtvorlage des Originals des Vadiums einer nachträglichen Verbesserung zugänglich sei, zu stützen. Denn die Vorgabe in dem vom VwGH entschiedenen Fall (der Prüfbericht musste "im Angebot enthalten sein") habe insofern einen Interpretationsspielraum gelassen, als daraus nicht explizit ein bestimmter Zeitpunkt für die Vorlage des Nachweises hervorgegangen sei. Im hier gegenständlichen Fall sei hingegen als maßgeblicher Zeitpunkt eindeutig der Zeitpunkt der Abgabe des letztgültigen Angebotes festgelegt, welcher naturgemäß innerhalb der Angebotsfrist liegen müsse. Die gegenteiligen Ausführungen der Antragstellerin würden völlig übersehen, dass das Vadium erst dann "geleistet" werde, wenn der Bankgarantiebrief dem Auftraggeber übergeben werde, sodass dieser in die Lage versetzt werde, die Rechte aus der Bankgarantie geltend zu machen. Das bloße Einholen des Vadiums bei der Bank stelle noch keine "Leistung" an den Auftraggeber dar; dem Auftraggeber werde das Vadium erst durch Übergabe des Originals des Bankgarantiebriefes "geleistet". Die gekünstelte Differenzierung der Antragstellerin, wonach das Vadium erst zeitgleich mit der Angebotslegung eingeholt werden müsse, weshalb der Nachweis darüber erst "eine ‚logische‘ Sekunde nach der Angebotslegung" vorliegen könne, finde keine Grundlage im Ausschreibungstext - ganz abgesehen vom Zweck der Vorgabe, der beim Vadium definitionsgemäß darin bestehe, dem Auftraggeber für den Fall eines "Angebotsrücktritts" des Bieters eine Sicherstellung zu bieten, was im Fall einer Bankgarantie eben erst ab Übergabe des Bankgarantiebriefes (im Original) der Fall sei.

Vor allem aber gehe aus dem Erkenntnis des VwGH vom 12.5.2011, 2008/04/0087, unmissverständlich hervor, dass der VwGH eine gesetzkonforme Auslegung der Festlegungen in der Ausschreibung für geboten halte, was im vorliegenden Fall - im Gegensatz zu der vom VwGH beurteilenden Konstellation - angesichts der gesetzlichen Verpflichtung des § 86 2. Satz BVergG nur zu dem Ergebnis führen könne, dass ein unbehebbarer Mangel vorliege. Vor allem aber gehe aus dem Erkenntnis des VwGH vom 12.5.2011, 2008/04/0087, unmissverständlich hervor, dass der VwGH eine gesetzkonforme Auslegung der Festlegungen in der Ausschreibung für geboten halte, was im vorliegenden Fall - im Gegensatz zu der vom VwGH beurteilenden Konstellation - angesichts der gesetzlichen Verpflichtung des Paragraph 86, 2. Satz BVergG nur zu dem Ergebnis führen könne, dass ein unbehebbarer Mangel vorliege.

Wenn sich die Antragstellerin schließlich auf § 108 Abs 2 BVergG berufe, genüge der Hinweis, dass es im vorliegenden Fall nicht um die Interpretation von Erklärungen der Antragstellerin, sondern schlicht um die Feststellung, ob zwingend notwendige Angebotsbestandteile bei Angebotsabgabe vorlagen, gehe. Es sei wohl zu vermuten, dass Herr XXXX - zumindest habe er diesen Eindruck gemacht - das Vadium noch rechtzeitig vorlegen wollte. Er habe es nur - aus allein auf Seiten der Antragstellerin gelegenen Gründen - nicht mehr rechtzeitig geschafft. Wenn ein Bieter sein Angebot (oder zwingend nötige Bestandteile desselben) nicht rechtzeitig abgebe, könne aber auch eine Berufung auf § 108 Abs 2 BVergG nicht weiterhelfen. Wenn sich die Antragstellerin schließlich auf Paragraph 108, Absatz 2, BVergG berufe, genüge der Hinweis, dass es im vorliegenden Fall nicht um die Interpretation von Erklärungen der Antragstellerin, sondern schlicht um die Feststellung, ob zwingend notwendige Angebotsbestandteile bei Angebotsabgabe vorlagen, gehe. Es sei wohl zu vermuten, dass Herr römisch 40 - zumindest habe er diesen Eindruck gemacht - das Vadium noch rechtzeitig vorlegen wollte. Er habe es nur - aus allein auf Seiten der Antragstellerin gelegenen Gründen - nicht mehr rechtzeitig geschafft. Wenn ein Bieter sein Angebot (oder zwingend nötige Bestandteile desselben) nicht rechtzeitig abgebe, könne aber auch eine Berufung auf Paragraph 108, Absatz 2, BVergG nicht weiterhelfen.

Das Vorbringen der Antragstellerin, die Angebote aller verbliebenen Bieter seien auszuschneiden, sei völlig aus der Luft gegriffen, belege aber, dass die Antragstellerin offenbar nun selbst erkenne, dass ihr Angebot jedenfalls zu Recht ausgeschieden worden sei.

Mit ihrem Antrag, dass die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären sei, übersehe die Antragstellerin jedoch, dass die Frist für die Anfechtung der Ausschreibung, welche für eine Nichtigklärung Voraussetzung wäre, bereits seit Monaten abgelaufen sei (§ 321 Abs 4 BVergG 2006). Der Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibung sei daher bereits aus diesem Grund zurückzuweisen. Mit ihrem Antrag, dass die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären sei, übersehe die Antragstellerin jedoch, dass die Frist für die Anfechtung der Ausschreibung, welche für eine Nichtigklärung Voraussetzung wäre, bereits seit Monaten abgelaufen sei (Paragraph 321, Absatz 4, BVergG 2006). Der Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibung sei daher bereits aus diesem Grund zurückzuweisen.

Aber auch inhaltlich sei dieser Antrag völlig verfehlt, weil - anders als die Antragstellerin unterstelle - sämtliche Bieter im Rahmen des Vergabeverfahrens von der Auftraggeberin gleich behandelt worden seien.

Dass der Antragstellerin keine Akteneinsicht in Angebote von Mitbewerbern zu geben sei, sei bereits in der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 7. Jänner 2014 im Detail dargelegt worden, auf welche Ausführungen verwiesen sei. Daran könne auch die von der Antragstellerin zitierte Judikatur nichts ändern.

Die von der Antragstellerin zum Ausscheiden verbliebener Bieter gemachten Ausführungen seien schlicht erfunden. Die Antragstellerin gehe bei ihren Ausführungen offenbar davon aus, dass auch ihre Mitbewerber eine ebensolche unplausible Kalkulation vorgenommen haben wie sie selbst. "Copy-paste" führe die Antragstellerin daher ganze Obergruppen an, welche angeblich im Angebot ihrer Mitbewerber nicht plausibel kalkuliert worden sein sollen und hinsichtlich welcher eine Aufklärung ihrer Mitbewerber nicht nachvollziehbar gewesen wäre. Da das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin in keinsten Weise konkretisiert sei, sei auch aus diesem Grund auf dieses Vorbringen vom BVwG nicht näher einzugehen.

Zusammengefasst ergebe sich weiterhin, dass das Angebot der Antragstellerin in Einklang mit den Bestimmungen der Ausschreibung und des BVergG zu Recht ausgeschieden worden sei, weshalb sämtliche Anträge abzuweisen wären.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 29. Jänner 2014 wurden Frau XXXX und Herr XXXX als Zeugen einvernommen. Die diesbezügliche mündliche Verhandlung vom 29. Jänner 2014 wurden Frau römisch 40 und Herr römisch 40 als Zeugen einvernommen. Die diesbezügliche

Niederschrift wird nachfolgend wiedergegeben:

Zeuge XXXX: "Über Befragen durch die vorsitzende Richterin führt dieser aus, dass er das Angebot persönlich Frau XXXX am 7.11.2013 übergeben habe. Der Karton sei verschlossen gewesen. In dem Ordner, in welchem sich das Originalangebot befunden habe, sei eine Farbkopie des Vadiums angeschlossen gewesen. Auf Befragen, wo sich zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe das Original des betreffenden Bankgarantiebriefes befunden habe, antwortet der Zeuge, dass er dies zu diesem Zeitpunkt nicht gewusst habe und dass er laut Geschäftsleitung die Farbkopie übergeben solle. Nach der Übergabe des Angebotes habe er erfahren, dass sich das Originaldokument über EMS auf dem Wege zur Zentrale der Antragstellerin befinde. Er habe sodann telefonisch bei XXXX nachgefragt, ob er den Originalnachweis nachbringen könne, diese habe gefragt, wie lange dies dauere und gesagt er könne das Vadium im Original nachbringen. Daraufhin habe er veranlasst, dass das Originaldokument mittels Boten zur Abgabestelle gebracht werde. Ungefähr um 12.30 Uhr sei der Bote eingetroffen und Herr XXXX habe das Originaldokument übernommen und in weiterer Folge dieses Frau XXXX, welche den Sitzungsraum verlassen habe, übergeben. Frau XXXX habe bei der Übernahme gefragt, ob er eine schriftliche Bestätigung benötige. Dies habe er verneint. Zeuge XXXX: "Über Befragen durch die vorsitzende Richterin führt dieser aus, dass er das Angebot persönlich Frau römisch 40 am 7.11.2013 übergeben habe. Der Karton sei verschlossen gewesen. In dem Ordner, in welchem sich das Originalangebot befunden habe, sei eine Farbkopie des Vadiums angeschlossen gewesen. Auf Befragen, wo sich zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe das Original des betreffenden Bankgarantiebriefes befunden habe, antwortet der Zeuge, dass er dies zu diesem Zeitpunkt nicht gewusst habe und dass er laut Geschäftsleitung die Farbkopie übergeben solle. Nach der Übergabe des Angebotes habe er erfahren, dass sich das Originaldokument über EMS auf dem Wege zur Zentrale der Antragstellerin befinde. Er habe sodann telefonisch bei römisch 40 nachgefragt, ob er den Originalnachweis nachbringen könne, diese habe gefragt, wie lange dies dauere und gesagt er könne das Vadium im Original nachbringen. Daraufhin habe er veranlasst, dass das Originaldokument mittels Boten zur Abgabestelle gebracht werde. Ungefähr um 12.30 Uhr sei der Bote eingetroffen und Herr römisch 40 habe das Originaldokument übernommen und in weiterer Folge dieses Frau römisch 40, welche den Sitzungsraum verlassen habe, übergeben. Frau römisch 40 habe bei der Übernahme gefragt, ob er eine schriftliche Bestätigung benötige. Dies habe er verneint.

Auf Befragen seitens Dr. Schramm gibt der Zeuge an, dass Frau XXXX gefragt habe, wie lange das Nachbringen dauere. XXXX habe gemeint, es würde eine halbe Stunde dauern und Frau XXXX habe daraufhin gemeint, er könne das Originaldokument vorbei bringen. Dies sei eine neutrale Aussage seitens Frau XXXX gewesen. Persönlich habe Herr XXXX den Eindruck gewonnen, dass hiermit die fehlende Beilage des Dokuments im Original behoben sei, was aber nicht durch entsprechende Aussagen von Frau XXXX bestätigt wurde. Auf Befragen seitens Dr. Schramm gibt der Zeuge an, dass Frau römisch 40 gefragt habe, wie lange das Nachbringen dauere. römisch 40 habe gemeint, es würde eine halbe Stunde dauern und Frau römisch 40 habe daraufhin gemeint, er könne das Originaldokument vorbei bringen.

Dies sei eine neutrale Aussage seitens Frau römisch 40 gewesen. Persönlich habe Herr römisch 40 den Eindruck gewonnen, dass hiermit die fehlende Beilage des Dokuments im Original behoben sei, was aber nicht durch entsprechende Aussagen von Frau römisch 40 bestätigt wurde.

Auf Befragen seitens Dr. Sturm gibt der Zeuge zu Protokoll, dass er bei Abgabe des Angebotes gegenüber Frau XXXX nicht erwähnt habe, dass lediglich eine Kopie des Vadiums angeschlossen sei. Er habe hiezu keine Notwendigkeit gesehen. Auf Befragen seitens Dr. Sturm gibt der Zeuge zu Protokoll, dass er bei Abgabe des Angebotes gegenüber Frau römisch 40 nicht erwähnt habe, dass lediglich eine Kopie des Vadiums angeschlossen sei. Er habe hiezu keine Notwendigkeit gesehen.

Der Zeuge habe gewusst, dass dem Angebot lediglich die Kopie beiliege und dass das Originaldokument auf dem Wege in die Zentrale der Antragstellerin sei, weswegen er mit dieser Kontakt aufgenommen habe.

Auf Befragen durch Mag. Pointner, gibt der Zeuge an, dass dem Angebot eine ausgedruckte, eingescannte, ursprünglich per Mail übermittelte Farbkopie des betreffenden Vadiums beigelegt worden sei."

Zeugin XXXX: "Über Befragen durch die vorsitzende Richterin, ob sie selbst das Angebot entgegen genommen habe, gibt sie an, dass sie sich nicht mehr exakt daran erinnern könne, ob sie das Angebot entgegen genommen habe, es könnte das Angebot auch von Frau XXXX übernommen worden sein. Herr XXXX sei nach der Übergabe direkt in das Büro zu Frau XXXX gekommen, und habe gesagt, dass dem Angebot lediglich eine Kopie des Vadiums beiliege und er das Originaldokument nachbringen könne und er habe gefragt, ob er dies tun soll. Sie habe daraufhin geantwortet, dass er es aufgrund der Forderung der Ausschreibungsunterlage bringen solle, und man werde sich in der Folge ansehen, wie man damit umgehe. Daraufhin habe Herr XXXX erwidert, dass er sich das Originaldokument bringen lasse. Die Zeugin habe ihn gebeten sich zu melden, wenn er das Originaldokument in Händen habe, da die Angebotsöffnung gleich beginne. Die Angebotsöffnung habe sodann um 12.05 Uhr begonnen. Um 12.35 Uhr sei sie seitens Herrn XXXX telefonisch kontaktiert worden, worauf sie den Raum verlassen habe und das Originaldokument entgegen genommen habe. Zu diesem Zeitpunkt sei das Angebot der Antragstellerin bereits geöffnet gewesen. Sie sei dann wieder in den Sitzungsraum zurückgekehrt. Das Originaldokument sei zum Angebot genommen worden. Die Uhrzeit der Übergabe sei im Protokoll festgehalten worden. Zeugin XXXX: "Über Befragen durch die vorsitzende Richterin, ob sie selbst das Angebot entgegen genommen habe, gibt sie an, dass sie sich nicht mehr exakt daran erinnern könne, ob sie das Angebot entgegen genommen habe, es könnte das Angebot auch von Frau römisch 40 übernommen worden sein. Herr römisch 40 sei nach der Übergabe direkt in das Büro zu Frau römisch 40 gekommen, und habe gesagt, dass dem Angebot lediglich eine Kopie des Vadiums beiliege und er das Originaldokument nachbringen könne und er habe gefragt, ob er dies tun soll. Sie habe daraufhin geantwortet, dass er es aufgrund der Forderung der Ausschreibungsunterlage bringen solle, und man werde sich in der Folge ansehen, wie man damit umgehe. Daraufhin habe Herr römisch 40 erwidert, dass er sich das Originaldokument bringen lasse. Die Zeugin habe ihn gebeten sich zu melden, wenn er das Originaldokument in Händen habe, da die Angebotsöffnung gleich beginne. Die Angebotsöffnung habe sodann um 12.05 Uhr begonnen. Um 12.35 Uhr sei sie seitens Herrn römisch 40 telefonisch kontaktiert worden, worauf sie den Raum verlassen habe und das Originaldokument entgegen genommen habe. Zu diesem Zeitpunkt sei das Angebot der Antragstellerin bereits geöffnet gewesen. Sie sei dann wieder in den Sitzungsraum zurückgekehrt. Das Originaldokument sei zum Angebot genommen worden. Die Uhrzeit der Übergabe sei im Protokoll festgehalten worden.

Auf Befragen durch Dr. Schramm, wie lange die Angebotsöffnung gedauert habe, gibt die Zeugin zu Protokoll, dass diese bis ca.

12.40 Uhr gedauert habe. Die Angebote seien in der Reihenfolge des Einlangens geöffnet worden. Das Protokoll sei in dieser Zeit von 35 Minuten verfasst worden. Die Angebote seien durch Lochen

gekennzeichnet worden."

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Festgestellter Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen, der Bezug nehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie aufgrund des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung vom 29. Jänner 2014 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Universität für Bodenkultur Wien, Peter Jordan Straße 70, 1190 Wien, schrieb im Oktober 2012 die gegenständliche Leistung in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer aus. Gegenstand des Vergabeverfahrens ist die technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung der technischen Gebäudeausrüstung und Laborausstattung an den Standorten Muthgasse 11, Muthgasse 18, Nußdorfer Lände 11, 1190 Wien. Die Angebotsfrist bezüglich des letztgültigen Angebotes endete am 7. November 2013, 12.00 Uhr. Die Antragstellerin legte rechtzeitig ein Angebot.

Die maßgeblichen Ausschreibungsbestimmungen lauten auszugsweise wie folgt:

Teil A (Verfahrensordnung zur Legung des letztgültigen Angebotes):

"17. EINREICHUNG DER LETZTGÜLTIGEN ANGEBOTE

17.1 Allgemeines

Das letztgültige Angebot ist in dreifacher Ausfertigung (1 Original + 2 Kopien) und in digitaler Form (als PDF-Datei) in deutscher Sprache vollständig ausgefüllt und rechtsgültig unterfertigt in einem verschlossenen Umschlag

bis spätestens 7.11.2013, 12.00 Uhr (Ablauf der Angebotsfrist),

einzureichen (rechtzeitiges Einlangen erforderlich). Die Kopien sind als solche eindeutig zu kennzeichnen.

Das letztgültige Angebot ist zu adressieren an die

Universität für Bodenkultur Wien

Abteilung Facility Management

(Erdgeschoss, Zimmer EG/01)

zH Frau XXXXzH Frau römisch 40

Peter Jordan Strasse 70

1190 Wien

mit der Aufschrift

Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung,

Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung der technischen

Gebäudeausrüstung und Laborausstattung Muthgasse 11, Muthgasse 18,

Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien"

BITTE NICHT ÖFFNEN!

und so rechtzeitig abzusenden oder abzugeben dass es spätestens am

7.11.2013, 12.00 Uhr

an der zuvor genannten Adresse eingelangt ist.

Die Öffnung der letztgültigen Angebote erfolgt nach Ablauf der Angebotsfrist.

Die Bieter sind nicht berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen.

17.2 Einzureichende Unterlagen

Folgende Unterlagen sind jedenfalls als Bestandteile des letztgültigen Angebotes vom Bieter einzureichen:

Angebotsinhaltsverzeichnis

Rahmenvereinbarung/Vertragsbestimmungen (letztgültiges Angebot) (Teil B)

Leistungsbeschreibung (letztgültiges Angebot) samt ausgefülltem letztgültigen Preisangebot (Teil C 1)

Letztgültiges Qualitätsangebot (Teil C 3)

an den erforderlichen Stellen rechtsgültig gefertigte und ausgefüllte Erklärungen des Bieters (Teil E)

Vadium gemäß Punkt 23

sonstige in der Ausschreibung geforderte Beilagen

Konzept für die Übernahmephase, das den Vorgaben für die Erstellung des Konzeptes (TeilD) entspricht. ..."

"23. VADIUM

Jeder Bieter hat mit seinem letztgültigen Angebot ein Vadium in der Höhe von EUR 50.000,- zu leisten und ist dem letztgültigen Angebot der Nachweis über den Erlag dieses Vadiums von einer in den Mitgliedsstaaten des EWR bzw. der EU niedergelassenen Bank mit einem Long-term Issuer Credit Rating von zumindest A-(Standard & Poor's) oder einem vergleichbaren Rating einer vergleichbaren Ratingagentur (Moody's, Fitch) in Form eines Bankgarantiebriefes (im Original) laut Muster Anhang 1 beizulegen haben. Das Fehlen dieses Nachweises bei der Öffnung der letztgültigen Angebote stellt einen unbehebbarer Mangel dar und hat die Ausscheidung des letztgültigen Angebotes des betreffenden Bieters zur Folge. ..."

Herr Ing. XXXX übergab das letztgültige Angebot der Antragstellerin persönlich an der oben bezeichneten Abgabestelle. Das Einlangen des betreffenden Angebotes wurde mit 11.40 Uhr vermerkt. Dem Angebot der Antragstellerin lag der Nachweis über den Erlag des Vadiums iSd Punktes 23 Teil A der Ausschreibungsunterlagen in Form einer Farbkopie bei. Herr XXXX fragte nach Abgabe des Angebotes bei Frau XXXX an, ob ein Nachbringen dieses Nachweises im Original möglich sei, was diese grundsätzlich bejahte. Mit der Öffnung der letztgültigen Angebote wurde am 7. November 2013 um 12.05 Uhr unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist begonnen. Das Originaldokument des betreffenden Bankgarantiebriefes wurde Herrn XXXX auf dessen Ersuchen durch einen Boten übermittelt und übergab er dieses Dokument Frau XXXX, welche der Kommission zur Öffnung der Angebote angehörte, um 12.35 Uhr. Die Angebotsöffnungsitzung wurde um etwa 12.40 Uhr beendet. Herr Ing. römisch 40 übergab das letztgültige Angebot der Antragstellerin persönlich an der oben bezeichneten Abgabestelle. Das Einlangen des betreffenden Angebotes wurde mit 11.40 Uhr vermerkt. Dem Angebot der Antragstellerin lag der Nachweis über den Erlag des Vadiums iSd Punktes 23 Teil A der Ausschreibungsunterlagen in Form einer Farbkopie bei. Herr römisch 40 fragte nach Abgabe des Angebotes bei Frau römisch 40 an, ob ein Nachbringen dieses Nachweises im Original möglich sei, was diese grundsätzlich bejahte. Mit der Öffnung der letztgültigen Angebote wurde am 7. November 2013 um 12.05 Uhr unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist begonnen. Das Originaldokument des betreffenden Bankgarantiebriefes wurde Herrn römisch 40 auf dessen Ersuchen durch einen Boten übermittelt und übergab er dieses Dokument Frau römisch 40, welche der Kommission zur Öffnung der Angebote angehörte, um 12.35 Uhr. Die Angebotsöffnungsitzung wurde um etwa 12.40 Uhr beendet.

Am 20. Dezember 2013 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes per e-mail bekannt gegeben. Begründend führte die Auftraggeberin unter konkreter Bezeichnung der als betriebswirtschaftlich nicht erklärbar und nicht nachvollziehbar angesehenen Positionen aus, dass das letztgültige Angebot wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG sowie wegen nicht nachvollziehbarer Aufklärung gemäß § 129 Abs 2 BVergG auszuschneiden ist. Weiters stützte die Auftraggeberin ihre Entscheidung auf § 129 Abs 1 Z 5 und 7 BVergG und führte dazu aus: "Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass von Ihnen - entgegen den Ausschreibungsbestimmungen - zum Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist für das letztgültige Angebot kein Vadium im Original beigebracht wurde. In Punkt 23. des Teils A der Ausschreibungsunterlagen wurde ausdrücklich festgehalten, dass das Vadium 'in Form eines Bankgarantiebriefes (im Original) laut Muster Anhang 1 beizulegen' ist und dass das 'Fehlen dieses Nachweises bei der Öffnung der letztgültigen Angebote [...] einen unbehebbarer Mangel dar[stellt] und [...] die Ausscheidung des letztgültigen Angebotes des betreffenden Bieters zur Folge' hat. Da Ihr Angebot bereits aus den vorgenannten Gründen auszuschneiden war (BVA vom 4.6.2012, N/0046-BVA/07/2012) kommt diesem unbehebbarer Mangel jedoch keine weitere Bedeutung zu, obgleich Ihr Angebot auch aus diesem Grund auszuschneiden ist." Am 20. Dezember 2013 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes per e-mail bekannt gegeben. Begründend führte die Auftraggeberin unter konkreter Bezeichnung der als betriebswirtschaftlich nicht erklärbar und nicht nachvollziehbar angesehenen Positionen aus, dass das letztgültige Angebot wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG sowie wegen nicht nachvollziehbarer Aufklärung gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG auszuschneiden ist. Weiters stützte die Auftraggeberin ihre Entscheidung auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5 und 7 BVergG und führte dazu aus: "Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass von Ihnen - entgegen den Ausschreibungsbestimmungen - zum Zeitpunkt des

Ablauf der Angebotsfrist für das letztgültige Angebot kein Vadium im Original beigebracht wurde. In Punkt 23. des Teils A der Ausschreibungsunterlagen wurde ausdrücklich festgehalten, dass das Vadium ‚in Form eines Bankgarantiebriefes (im Original) laut Muster Anhang 1 beizulegen‘ ist und dass das ‚Fehlen dieses Nachweises bei der Öffnung der letztgültigen Angebote [...] einen unbehebbarer Mangel dar[stellt] und [...] die Ausscheidung des letztgültigen Angebotes des betreffenden Bieters zur Folge‘ hat. Da Ihr Angebot bereits aus den vorgenannten Gründen auszuschneiden war (BVA vom 4.6.2012, N/0046-BVA/07/2012) kommt diesem unbehebbarer Mangel jedoch keine weitere Bedeutung zu, obgleich Ihr Angebot auch aus diesem Grund auszuschneiden ist."

Am 30. Dezember 2013 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Mit Bescheid vom 10. Jänner 2014 wurden die Anträge bezüglich der begehrten Sicherungsmaßnahmen abgewiesen.

Es wurde weder eine Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, bekanntgegeben, eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen bzw der Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Wenngleich die Aussagen der Zeugin XXXX und des Zeugen XXXX hinsichtlich des nach Angebotsabgabe geführten Gespräches betreffend das Nachreichen des Bankgarantiebriefes im Original insofern differieren, als Herr XXXX zu Protokoll gab, Frau Ing. Koppensteiner telefonisch kontaktiert zu haben, und Frau Ing. Koppensteiner zu Protokoll gab, dieses Gespräch persönlich in ihrem Zimmer geführt zu haben, so stellten sich die Aussagen beider Zeugen insgesamt als glaubhaft und im Wesentlichen (Fehlen des Originalnachweises, Zeitpunkt der Übergabe des Originals) auch widerspruchsfrei dar. Dass Frau Ing. Koppensteiner ein mögliches Nachbringen des originalen Nachweises auch nach Ablauf der Angebotsfrist zugestanden hat, kann nicht als erwiesen angenommen werden, zumal Herr XXXX glaubhaft versicherte, es habe sich insofern bloß um seinen persönlichen Eindruck gehandelt. Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Wenngleich die Aussagen der Zeugin römisch 40 und des Zeugen römisch 40 hinsichtlich des nach Angebotsabgabe geführten Gespräches betreffend das Nachreichen des Bankgarantiebriefes im Original insofern differieren, als Herr römisch 40 zu Protokoll gab, Frau Ing. Koppensteiner telefonisch kontaktiert zu haben, und Frau Ing. Koppensteiner zu Protokoll gab, dieses Gespräch persönlich in ihrem Zimmer geführt zu haben, so stellten sich die Aussagen beider Zeugen insgesamt als glaubhaft und im Wesentlichen (Fehlen des Originalnachweises, Zeitpunkt der Übergabe des Originals) auch widerspruchsfrei dar. Dass Frau Ing. Koppensteiner ein mögliches Nachbringen des originalen Nachweises auch nach Ablauf der Angebotsfrist zugestanden hat, kann nicht als erwiesen angenommen werden, zumal Herr römisch 40 glaubhaft versicherte, es habe sich insofern bloß um seinen persönlichen Eindruck gehandelt.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A

3.1. Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 wurde mit BGBl I Nr. 128/2013, kundgemacht am 11. Juli 2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im § 345 Abs 17 Z 3 angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12. Juli 2013, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs 17 Z 2 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fort zu führen. 3.1. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013,, kundgemacht am 11. Juli 2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12. Juli 2013, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 2, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fort zu führen.

Dies hat zur Folge, dass für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden

Vergabeverfahrens, das vor dem 12. Juli 2013 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 heranzuziehen hat. Für das gegenständliche am 30. Dezember 2013 beim Bundesvergabeamt anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren sind hingegen die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 128/2013 maßgeblich, sodass sich das vom Bundesverwaltungsgericht gemäß Art 151 Abs 51 Z 8 B-VG weiter zu führende Rechtsschutzverfahren nach den mit 1. Jänner 2014 novellierten Bestimmungen des 4. Teils des BVergG richtet (§ 345 Abs 17 Z 3 und 4 BVergG). Gemäß § 311 BVergG sind in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden. Dies hat zur Folge, dass für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 12. Juli 2013 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, heranzuziehen hat. Für das gegenständliche am 30. Dezember 2013 beim Bundesvergabeamt anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren sind hingegen die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, maßgeblich, sodass sich das vom Bundesverwaltungsgericht gemäß Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 8, B-VG weiter zu führende Rechtsschutzverfahren nach den mit 1. Jänner 2014 novellierten Bestimmungen des 4. Teils des BVergG richtet (Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3 und 4 BVergG). Gemäß Paragraph 311, BVergG sind in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden.

Bei den Paragraphenangaben wird unterschiedslos auf das BVergG Bezug genommen. Darunter ist jeweils die im Sinne der obigen Ausführungen geltende Fassung zu verstehen.

3.2. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Universität für Bodenkultur Wien. Diese ist öffentliche Auftraggeberin iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe BVA vom 19. November 2012, N/105-BVA/12/2012-EV7). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Das Verfahren wird in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Universität für Bodenkultur Wien. Diese ist öffentliche Auftraggeberin iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe BVA vom 19. November 2012, N/105-BVA/12/2012-EV7). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG. Das Verfahren wird in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Zum Zeitpunkt der Antragstellung am 30. Dezember 2013 war sohin die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 1 und 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Zum Zeitpunkt der Antragstellung am 30. Dezember 2013 war sohin die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG gegeben.

Gemäß Art 151 Abs 51 Z 8 B-VG wurde das Bundesvergabeamt mit 1. Jänner 2014 aufgelöst. Die Zuständigkeit zur Weiterführung der beim Bundesvergabeamt mit Ablauf des 31. Dezember 2013 anhängigen Verfahren ging gemäß leg.cit. auf das Bundesverwaltungsgericht über. Sohin ist nunmehr die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes gemäß § 291 iVm § 312 Abs 1 und 2 BVergG zur Überprüfung des Vergabeverfahrens gegeben. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch die Rahmenvereinbarung abgeschlossen bzw der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig. Gemäß Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 8, B-VG wurde das Bundesvergabeamt mit 1. Jänner 2014 aufgelöst. Die Zuständigkeit zur Weiterführung der beim

Bundesvergabeamt mit Ablauf des 31. Dezember 2013 anhängigen Verfahren ging gemäß leg.cit. auf das Bundesverwaltungsgericht über. Sohin ist nunmehr die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes gemäß Paragraph 291, in Verbindung mit Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG zur Überprüfung des Vergabeverfahrens gegeben. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch die Rahmenvereinbarung abgeschlossen bzw der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig.

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm§ 2 VwGVG und§ 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

3.3. Zulässigkeit der Anträge

Zu Spruchpunkt A I. Zu Spruchpunkt A römisch eins.

Mit Schriftsatz vom 30. Dezember 2013 stellte die Antragstellerin den unter Spruchpunkt A I. wiedergegebenen Nachprüfungsantrag. Dieser genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen das Ausscheiden des Angebotes vom 20. Dezember 2014. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG. Die Frage der Zulässigkeit des tatsächlich erfolgten Ausscheidens bildet die Hauptfrage des Nachprüfungsverfahrens, über die in der Sache zu entscheiden ist (VwGH vom 12. September 2007, 2005/04/0181). Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch den Verlust der Chance auf Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren entstandenen bzw drohenden Schaden iSd § 320 Abs 1 BVergG plausibel dargestellt, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben ist. Die vorliegende Konstellation ist damit nicht mit jener in der Rechtssache "Fastweb" (EuGH vom 4. Juli 2013, C-100/12) vergleichbar, zumal nicht die Zuschlagsentscheidung bzw die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, den Anfechtungsgegenstand darstellt, sondern das Ausscheiden eines Angebotes. Dieses muss, wie der EuGH in der Rechtssache "Fastweb" abermals betont, einer Nachprüfung zugänglich sein (EuGH vom 4. Juli 2013, C-100/12, Rn 26). Nach dem Konzept des Bundesvergabegesetzes stellt das Ausscheiden einen eigenen Verfahrensabschnitt dar, der mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung beendet wird (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1435; siehe allgemein zur Sequenzierung eines Vergabeverfahrens auch EBRV1171 BlgNR XXII. GP, 13f). Der Charakter als eigener Verfahrensabschnitt lässt sich daran ersehen, dass der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote gegebenenfalls auszuschneiden hat und dass sodann von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen ist (§§ 129 Abs 1 und 130 Abs 1 BVergG; vgl auch Art 2a RechtsmittelRL; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1435). Festzuhalten ist daher, dass die Ausscheidensentscheidung nicht notwendigerweise zeitgleich mit der Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben werden muss (siehe zur gesonderten Absprache über die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens EBRV1171 BlgNR XXII. GP, 14). Vorliegend wird ein Verhandlungsverfahren mit dem Ziel des Abschluss einer Rahmenvereinbarung durchgeführt. Gemäß § 151 Abs 2 BVergG sind die Parteien einer Rahmenvereinbarung ua nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens zu ermitteln. Im Zuge des Verfahrens zum Abschluss der Rahmenvereinbarung stellen das Ausscheiden eines Angebotes und die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG gesondert anfechtbare Entscheidungen dar. Auch diese Entscheidungen müssen demzufolge iSd obigen Ausführungen nicht gleichzeitig bekannt gegeben werden. Mit Schriftsatz vom 30. Dezember 2013 stellte die Antragstellerin den unter Spruchpunkt A römisch eins. wiedergegebenen Nachprüfungsantrag. Dieser genügt den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen das

Ausscheiden des Angebotes vom 20. Dezember 2014. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG. Die Frage der Zulässigkeit des tatsächlich erfolgten Ausscheidens bildet die Hauptfrage des Nachprüfungsverfahrens, über die in der Sache zu entscheiden ist (VwGH vom 12. September 2007, 2005/04/0181). Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch den Verlust der Chance auf Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren entstandenen bzw drohenden Schaden iSd Paragraph Paragraph 320, Absatz eins, BVergG plausibel dargestellt, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben ist. Die vorliegende Konstellation ist damit nicht mit jener in der Rechtssache "Fastweb" (EuGH vom 4. Juli 2013, C-100/12) vergleichbar, zumal nicht die Zuschlagsentscheidung bzw die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, den Anfechtungsgegenstand darstellt, sondern das Ausscheiden eines Angebotes. Dieses muss, wie der EuGH in der Rechtssache "Fastweb" abermals betont, einer Nachprüfung zugänglich sein (EuGH vom 4. Juli 2013, C-100/12, Rn 26). Nach dem Konzept des Bundesvergabegesetzes stellt das Ausscheiden einen eigenen Verfahrensabschnitt dar, der mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung beendet wird (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1435; siehe allgemein zur Sequenzierung eines Vergabeverfahrens auch EBRV1171 BlgNR römisch 22 . GP, 13f). Der Charakter als eigener Verfahrensabschnitt lässt sich daran ersehen, dass der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote gegebenenfalls auszuschneiden hat und dass sodann von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen ist (Paragraphen 129, Absatz eins und 130 Absatz eins, BVergG; vergleiche auch Artikel 2 a, RechtsmittelRL; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1435). Festzuhalten ist daher, dass die Ausscheidensentscheidung nicht notwendigerweise zeitgleich mit der Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben werden muss (siehe zur gesonderten Absprache über die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens EBRV1171 BlgNR römisch 22 . GP, 14). Vorliegend wird ein Verhandlungsverfahren mit dem Ziel des Abschluss einer Rahmenvereinbarung durchgeführt. Gemäß Paragraph 151, Absatz 2, BVergG sind die Parteien einer Rahmenvereinbarung ua nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens zu ermitteln. Im Zuge des Verfahrens zum Abschluss der Rahmenvereinbarung stellen das Ausscheiden eines Angebotes und die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG gesondert anfechtbare Entscheidungen dar. Auch diese Entscheidungen müssen demzufolge iSd obigen Ausführungen nicht gleichzeitig bekannt gegeben werden.

Die Hauptfrage des Nachprüfungsverfahrens betreffend die Ausscheidenentscheidung ist allein die Frage, ob die Antragstellerin von der Auftraggeberin zu Recht ausgeschieden worden ist, sohin ob die Antragstellerin einen Ausscheidenstatbestand gemäß § 129 BVergG verwirklicht hat oder nicht. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist das Unterlassen des Ausscheidens der Angebote anderer Bieter jedenfalls keine Entscheidung, die sich im Ausscheiden des eigenen Angebotes manifestiert und damit anfechtbar wird. Im derzeitigen Verfahrensstadium erfolgt daher nicht auch die Prüfung der Angebote anderer Bieter. Sohin kann auch seitens des Bundesverwaltungsgerichtes nicht wie im Falle "Fastweb" festgestellt werden, ob die Angebote verbliebener Bieter "zu Unrecht nicht ausgeschlossen wurden". Insofern ist auch darauf hinzuweisen, dass der VwGH zuletzt iS ständiger Rechtsprechung festgehalten hat, dass das Vergabekontrollverfahren nicht der objektiven Rechtskontrolle dient, sondern der Prüfung, ob der Antragsteller in den geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt worden ist (VwGH vom 16. Oktober 2013, 2012/04/0027). Die Hauptfrage des Nachprüfungsverfahrens betreffend die Ausscheidenentscheidung ist allein die Frage, ob die Antragstellerin von der Auftraggeberin zu Recht ausgeschieden worden ist, sohin ob die Antragstellerin einen Ausscheidenstatbestand gemäß Paragraph 129, BVergG verwirklicht hat oder nicht. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist das Unterlassen des Ausscheidens der Angebote anderer Bieter jedenfalls keine Entscheidung, die sich im Ausscheiden des eigenen Angebotes manifestiert und damit anfechtbar wird. Im derzeitigen Verfahrensstadium erfolgt daher nicht auch die Prüfung der Angebote anderer Bieter. Sohin kann auch seitens des Bundesverwaltungsgerichtes nicht wie im Falle "Fastweb" festgestellt werden, ob die Angebote verbliebener Bieter "zu Unrecht nicht ausgeschlossen wurden". Insofern ist auch darauf hinzuweisen, dass der VwGH zuletzt iS ständiger Rechtsprechung festgehalten hat, dass das Vergabekontrollverfahren nicht der objektiven Rechtskontrolle dient, sondern der Prüfung, ob der Antragsteller in den geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt worden ist (VwGH vom 16. Oktober 2013, 2012/04/0027).

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde

jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 und 5 BVergG iVm §§ 1 und 2 BVA-GebV 2012). Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt daher gegenständlich nicht vor. Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 5 BVergG in Verbindung mit Paragraphen eins und 2 BVA-GebV 2012). Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt daher gegenständlich nicht vor.

Zu Spruchpunkt A II. Zu Spruchpunkt A römisch zwei.

Mit dem erstmals mit Schriftsatz vom 22. Jänner 2014 in eventu gestellten, unter Spruchpunkt A II. wiedergegebenen Nachprüfungsantrag begehrt die Antragstellerin die Nichtigerklärung des Vergabeverfahrens, da nach Ansicht der Antragstellerin auch alle anderen Angebote auszuschneiden wären. Somit läge ein zwingender Widerrufsgrund vor. Als Anfechtungsgegenstand kommt sohin die Ausschreibung in Betracht (§ 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG), welche aber in diesem Stadium des Vergabeverfahrens, nämlich nach der Angebotsprüfung der letztgültigen Angebote, keine gesondert anfechtbare Entscheidung mehr darstellt, zumal deren Anfechtung gemäß § 321 Abs 4 BVergG nur vor Ablauf der Angebotsfrist möglich ist, andernfalls ein derartiger Antrag mangels Rechtzeitigkeit unzulässig ist (§ 322 Abs 2 Z 2 BVergG). Im Übrigen käme aber auch keine andere gesondert anfechtbare Entscheidung als Anfechtungsgegenstand in Betracht. Nach dem Konzept des Bundesvergabegesetzes sind nur nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärungen "Entscheidungen" des Auftraggebers (vgl § 2 Z 16 lit a BVergG; VfGH vom 2. März 2002, B 691/01, B 856/01; VwGH vom 30. Juni 2004, 2004/04/0028; K. Hofer in Gast (Hrsg.), BVergG - Leitsatzkommentar, E 60 zu § 312; EBRV1171 BlgNR XXII. GP, 13f). Die von der Antragstellerin monierte Unterlassung des Ausscheidens aller anderen Angebote und damit in weiterer Folge das Unterlassen des Widerrufs des Vergabeverfahrens sind (bislang) nicht als selbständige Teilakte im Rahmen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung nach außen in Erscheinung getreten. Der betreffende Nachprüfungsantrag erweist sich damit als unzulässig und war dieser spruchgemäß zurückzuweisen. Aus diesem Grund können die für rechtswidrig erachteten Unterlassungen auch nicht im Zuge der Anfechtung der Ausscheidensentscheidung geltend gemacht werden. Anzumerken ist auch, dass die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen zum Ausscheiden sämtlicher Angebote die Rechtswidrigkeit des Ausscheidens ihres eigenen Angebotes offenbar nicht weiter in Frage zu stellen scheint und eine Verletzung in den von ihr geltend gemachten subjektiven Rechten insofern auch nicht in Betracht kommt. Mit dem erstmals mit Schriftsatz vom 22. Jänner 2014 in eventu gestellten, unter Spruchpunkt A römisch zwei. wiedergegebenen Nachprüfungsantrag begehrt die Antragstellerin die Nichtigerklärung des Vergabeverfahrens, da nach Ansicht der Antragstellerin auch alle anderen Angebote auszuschneiden wären. Somit läge ein zwingender Widerrufsgrund vor. Als Anfechtungsgegenstand kommt sohin die Ausschreibung in Betracht (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG), welche aber in diesem Stadium des Vergabeverfahrens, nämlich nach der Angebotsprüfung der letztgültigen Angebote, keine gesondert anfechtbare Entscheidung mehr darstellt, zumal deren Anfechtung gemäß Paragraph 321, Absatz 4, BVergG nur vor Ablauf der Angebotsfrist möglich ist, andernfalls ein derartiger Antrag mangels Rechtzeitigkeit unzulässig ist (Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG). Im Übrigen käme aber auch keine andere gesondert anfechtbare Entscheidung als Anfechtungsgegenstand in Betracht. Nach dem Konzept des Bundesvergabegesetzes sind nur nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärungen "Entscheidungen" des Auftraggebers vergleiche Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG; VfGH vom 2. März 2002, B 691/01, B 856/01; VwGH vom 30. Juni 2004, 2004/04/0028; K. Hofer in Gast (Hrsg.), BVergG - Leitsatzkommentar, E 60 zu Paragraph 312; EBRV1171 BlgNR römisch 22. GP, 13f). Die von der Antragstellerin monierte Unterlassung des Ausscheidens aller anderen Angebote und damit in weiterer Folge das Unterlassen des Widerrufs des Vergabeverfahrens sind (bislang) nicht als selbständige Teilakte im Rahmen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung nach außen in Erscheinung getreten. Der betreffende Nachprüfungsantrag erweist sich damit als unzulässig und war dieser spruchgemäß zurückzuweisen. Aus diesem Grund können die für rechtswidrig erachteten Unterlassungen auch nicht im Zuge der Anfechtung der Ausscheidensentscheidung geltend gemacht werden. Anzumerken ist auch, dass die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen zum Ausscheiden sämtlicher Angebote die Rechtswidrigkeit des Ausscheidens ihres eigenen Angebotes offenbar nicht weiter in Frage zu stellen scheint und eine Verletzung in den von ihr geltend gemachten subjektiven Rechten insofern auch nicht in Betracht kommt.

3.4. Inhaltliche Beurteilung

Spruchpunkt A.I - Nachweis des Vadiums

Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde und sohin Bestandskraft erlangt hat und folgedessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA vom 16. April 2008, N/0029-BVA/09/2008-27 = ZVB 2008, 209 [Hackl]). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (vgl. EuGH vom 25. April 1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, RN 89). Bei der Erstellung der Angebote sind die Bieter auch im Verhandlungsverfahren an die Ausschreibung gebunden und dürfen davon nicht abweichen (BVA vom 16. August 2012, N/0070-BVA/10/2012-39 mwN; BVA vom 14. Dezember 2012, N/0102-BVA/09/2012-46). Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt auch im Verhandlungsverfahren, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen haben, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EuGH vom 22. Juni 1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA vom 25. November 2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu § 321). Das bedeutet in weiterer Folge auch, dass es dem Bundesverwaltungsgericht verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0054; VwGH vom 7. September 2009, 2007/04/0090; VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; für viele ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN). Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde und sohin Bestandskraft erlangt hat und folgedessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA vom 16. April 2008, N/0029-BVA/09/2008-27 = ZVB 2008, 209 [Hackl]). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich vergleiche EuGH vom 25. April 1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, RN 89). Bei der Erstellung der Angebote sind die Bieter auch im Verhandlungsverfahren an die Ausschreibung gebunden und dürfen davon nicht abweichen (BVA vom 16. August 2012, N/0070-BVA/10/2012-39 mwN; BVA vom 14. Dezember 2012, N/0102-BVA/09/2012-46). Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt auch im Verhandlungsverfahren, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen haben, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EuGH vom 22. Juni 1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA vom 25. November 2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu Paragraph 321.). Das bedeutet in weiterer Folge auch, dass es dem Bundesverwaltungsgericht verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0054; VwGH vom 7. September 2009, 2007/04/0090; VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; für viele ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA vom 18. Jänner 2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28. Juni 2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 2. Mai 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers

noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA vom N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16. Februar 2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH vom 21. November 2011, 2006/04/0024; vom 25. Jänner 2011, 2006/04/0200; BVA vom 14. Juni 2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua) Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA vom 18. Jänner 2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28. Juni 2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 2. Mai 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA vom N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16. Februar 2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH vom 21. November 2011, 2006/04/0024; vom 25. Jänner 2011, 2006/04/0200; BVA vom 14. Juni 2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua).

Die Antragstellerin legte unbestritten (Schriftsätze der Antragstellerin vom 30. Dezember 2013 und 22. Jänner 2014 sowie Ergebnis der mündlichen Verhandlung am 29. Jänner 2014) dem ihrerseits um 11.40 Uhr am 7. November 2013 eingereichten letztgültigen Angebot den Nachweis über den Erlag des Vadiums ausschließlich in Form eines Bankgarantiebriefes in Kopie bei. Nach Ablauf der Angebotsfrist (12.00 Uhr) begann die Öffnung der Angebote um 12.05 Uhr. Das Originaldokument der Bankgarantieerklärung wurde der Auftraggeberin (Frau Ing. Koppensteiner) durch Herrn XXXX, Mitarbeiter der Antragstellerin, um 12.35 Uhr übergeben. Die Antragstellerin legte unbestritten (Schriftsätze der Antragstellerin vom 30. Dezember 2013 und 22. Jänner 2014 sowie Ergebnis der mündlichen Verhandlung am 29. Jänner 2014) dem ihrerseits um 11.40 Uhr am 7. November 2013 eingereichten letztgültigen Angebot den Nachweis über den Erlag des Vadiums ausschließlich in Form eines Bankgarantiebriefes in Kopie bei. Nach Ablauf der Angebotsfrist (12.00 Uhr) begann die Öffnung der Angebote um 12.05 Uhr. Das Originaldokument der Bankgarantieerklärung wurde der Auftraggeberin (Frau Ing. Koppensteiner) durch Herrn römisch 40, Mitarbeiter der Antragstellerin, um 12.35 Uhr übergeben.

Die Antragstellerin vertritt die Ansicht, die Ausschreibungsbestimmungen (Punkt 23 Teil A der Ausschreibungsunterlagen) wären so auszulegen, dass aufgrund der Formulierung "bei der Öffnung der letztgültigen Angebote" auf den Zeitpunkt des Endes der Öffnung des letzten Angebotes abzustellen sei und das Beibringen des Vadiums in Form eines Bankgarantiebriefes im Original daher auch dann noch rechtzeitig sei, wenn dieses noch im Zeitraum der Angebotsöffnung erfolgt sei. Abgesehen davon handle es sich im Sinne der Judikatur des VwGH (vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087) ohnehin um einen verbesserbaren Mangel, da die Bedingung des "dem Angebot Beigelegtseins" durch ein Nachreichen erfüllt werden könne. Der erkennende Senat kann dieser Ansicht aufgrund der nachstehenden Überlegungen nicht folgen.

Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (siehe VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087 mwN; BVA vom 24. April 2013, N/0016-BVA/04/2013-29 und N/0017-BVA/04/2013-27) aufgrund der oben wiedergegebenen, bestandsfest gewordenen Bestimmungen der Ausschreibung davon ausgehen, dass dem

letztgültigen Angebot, welches bis 7. November 2013, 12.00 Uhr, in einem verschlossenen Umschlag einzureichen war, der Nachweis über den Erlag des Vadiums in Form eines Bankgarantiebriefes im Original beizulegen war (Punkt 17.1. und 23 Teil A der Ausschreibungsunterlagen). Dementsprechend ist unter Punkt 17.2 Teil A als zwingender Bestandteil des letztgültigen Angebotes auch das "Vadium gemäß Punkt 23" genannt. Die Auffassung der Antragstellerin, wonach das Vadium mit Abgabe des Angebotes und somit theoretisch zeitgleich mit der Angebotslegung zu leisten sei, weswegen der Nachweis über die Leistung des Vadiums erst eine "logische" Sekunde nach der Angebotslegung vorliege und daher erst nach der Angebotslegung beizulegen sei, widerspricht ganz offenkundig dem Ausschreibungstext, welcher klar und unmissverständlich das Erfordernis des Nachweises über den Erlag eines Vadiums in der Höhe von EUR 50.000,-- durch unmittelbar dem Letztangebot angeschlossene Beilage eines Bankgarantiebriefes im Original vorsieht.

Weiters hat die Auftraggeberin im Sinne des § 86 dritter Satz BVergG in Punkt 23 Teil A der Ausschreibungsunterlagen, in unmittelbarem Anschluss an die Normierung des Gebotes, das Originaldokument der Bankgarantie dem Angebot beizulegen, geregelt, dass das "Fehlen dieses Nachweises", nämlich des Nachweises mittels Originaldokument, "bei der Öffnung der letztgültigen Angebote einen unbehebbarer Mangel" darstellt und dass dies "die Ausscheidung des letztgültigen Angebotes zur Folge" hat. Die Auftraggeberin hat demnach nicht das Fehlen des nachzuweisenden Umstandes (hier des Vorhandenseins der Sicherstellung selbst), sondern eindeutig und unmissverständlich bereits den bloßen Mangel des Nachweises des an sich bereits bestehenden Umstandes bestandsfest als unbehebbarer Mangel festgelegt, obwohl es sich im letztgenannten Fall - und insofern ist der Antragstellerin zuzustimmen - iSd Rechtsprechung des VwGH um einen behebbaren Mangel handeln würde. Damit scheitert aber der Versuch der Antragstellerin, unter Heranziehung der Judikatur des VwGH das Fehlen des Originaldokumentes als verbesserbaren Mangel zu interpretieren, denn im Gegensatz zu dem von der Antragstellerin angezogenen Erkenntnis vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087, ist hier zweifelsfrei geregelt, dass bereits der Nachweismangel keiner Verbesserung zugänglich ist ("Das Fehlen dieses Nachweises ... stellt einen unbehebbarer Mangel dar" vs "fehlt dieser Prüfbericht, wird das Angebot ausgeschlossen"). Dies übersieht die Antragstellerin, wenn sie die beiden Sachverhaltskonstellationen im Hinblick auf die Anforderung der Ausschreibung "dem Angebot Beigelegtsein" einerseits und "im Angebot Enthaltensein" andererseits gleichschalten will. Dass hierin mitunter kein Unterschied liegt (vgl nur §§ 86 und 108 Abs 1 Z 3 BVergG) wird an dieser Stelle gar nicht bestritten. Der Unterschied liegt aber, wie zuvor gezeigt, in der vorliegend bestandskräftigen Qualifizierung eines an sich verbesserbaren Mangels als nicht verbesserungsfähig. Weiters hat die Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 86, dritter Satz BVergG in Punkt 23 Teil A der Ausschreibungsunterlagen, in unmittelbarem Anschluss an die Normierung des Gebotes, das Originaldokument der Bankgarantie dem Angebot beizulegen, geregelt, dass das "Fehlen dieses Nachweises", nämlich des Nachweises mittels Originaldokument, "bei der Öffnung der letztgültigen Angebote einen unbehebbarer Mangel" darstellt und dass dies "die Ausscheidung des letztgültigen Angebotes zur Folge" hat. Die Auftraggeberin hat demnach nicht das Fehlen des nachzuweisenden Umstandes (hier des Vorhandenseins der Sicherstellung selbst), sondern eindeutig und unmissverständlich bereits den bloßen Mangel des Nachweises des an sich bereits bestehenden Umstandes bestandsfest als unbehebbarer Mangel festgelegt, obwohl es sich im letztgenannten Fall - und insofern ist der Antragstellerin zuzustimmen - iSd Rechtsprechung des VwGH um einen behebbaren Mangel handeln würde. Damit scheitert aber der Versuch der Antragstellerin, unter Heranziehung der Judikatur des VwGH das Fehlen des Originaldokumentes als verbesserbaren Mangel zu interpretieren, denn im Gegensatz zu dem von der Antragstellerin angezogenen Erkenntnis vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087, ist hier zweifelsfrei geregelt, dass bereits der Nachweismangel keiner Verbesserung zugänglich ist ("Das Fehlen dieses Nachweises ... stellt einen unbehebbarer Mangel dar" vs "fehlt dieser Prüfbericht, wird das Angebot ausgeschlossen"). Dies übersieht die Antragstellerin, wenn sie die beiden Sachverhaltskonstellationen im Hinblick auf die Anforderung der Ausschreibung "dem Angebot Beigelegtsein" einerseits und "im Angebot Enthaltensein" andererseits gleichschalten will. Dass hierin mitunter kein Unterschied liegt vergleiche nur Paragraphen 86 und 108 Absatz eins, Ziffer 3, BVergG) wird an dieser Stelle gar nicht bestritten. Der Unterschied liegt aber, wie zuvor gezeigt, in der vorliegend bestandskräftigen Qualifizierung eines an sich verbesserbaren Mangels als nicht verbesserungsfähig.

Die Auftraggeberin hat sohin über den Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 5 BVergG hinausgehend den Nachweis durch Vorlage eines Originaldokumentes gefordert. Wird der Vadiumsnachweis nun nicht erlegt, so führt dies (als unbehebbarer Mangel) zwingend ohne weiteres Mängelbehebungsverfahren zum Ausscheiden (G. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 108, Rz 17; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 86, Rz 8f

und § 129, Rz 55f). Die Auftraggeberin hat sohin über den Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG hinausgehend den Nachweis durch Vorlage eines Originaldokumentes gefordert. Wird der Vadiumsnachweis nun nicht erlegt, so führt dies (als unbehebbarer Mangel) zwingend ohne weiteres Mängelbehebungsverfahren zum Ausscheiden (G. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 108,, Rz 17; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 86,, Rz 8f und Paragraph 129,, Rz 55f).

Aber auch aus der Formulierung "bei der Öffnung der letztgültigen Angebote" lässt sich für den Standpunkt der Antragstellerin nichts gewinnen. Richtig ist im Sinne der Ausführungen der Antragstellerin, dass bei Verhandlungsverfahren gemäß § 118 Abs 2 BVergG keine formalisierte Öffnung erforderlich ist. Dies lässt aber keineswegs den Schluss zu, dass Bietern daher im Verhandlungsverfahren im Zuge der Angebotsöffnung weitergehende Möglichkeiten, ihre Angebote zu ändern oder zu vervollständigen, offen stünden. So sind auch in Verhandlungsverfahren gemäß § 118 Abs 4 BVergG alle bei der Öffnung des Angebotes vorliegenden Teile während der Angebotsöffnung so eindeutig zu kennzeichnen, zB so zu lochen, dass ein nachträgliches Auswechseln feststellbar wäre. An dieser Verpflichtung ändert die Tatsache nichts, dass bei Verhandlungsverfahren keine formalisierte Öffnung der Angebote erforderlich ist (siehe UVS Tirol vom 11. Juli 2008, uvs-2008/27/1662), zumal auch im Verhandlungsverfahren die Grundsätze des Vergabeverfahrens iSd § 19 BVergG von maßgeblicher Bedeutung sind. Auch vermag das Vorbringen, dass mangels formalisierter Öffnung der Angebote nicht auf einen Zeitpunkt, sondern auf einen Zeitraum abzustellen sei, nicht zu überzeugen. Denn auch in einem offenen Verfahren nimmt die Öffnung der Angebote zweifelsohne einen Zeitraum ein (vgl § 118 Abs 6 Z 1 BVergG "Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende der Öffnung"). Gemäß § 118 BVergG ist demgemäß auch unterschiedslos sowohl bei offenen und nicht offenen Verfahren wie auch bei Verhandlungsverfahren von der "Öffnung der Angebote" die Rede. Bereits mit der Öffnung des ersten Angebotes wird, gleichgültig um welche Art des Vergabeverfahrens es sich handelt, die Angebotsöffnung in Gang gesetzt und damit jegliche Angebotsänderung bzw -ergänzung im Zuge der Angebotsöffnung ausgeschlossen, andernfalls die Bestimmung einer Angebotsfrist, deren Ablauf naturgemäß vor der Öffnung der Angebote liegt, gänzlich ihres Sinnes und Zweckes beraubt wäre (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1425). Im Übrigen ist die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass nach allgemeinem Sprachverständnis die Formulierungen "Öffnung der Angebote" und "Angebotsöffnung" gleichbedeutend in Verwendung stehen, was ein bloßer Blick in das Bundesvergabegesetz selbst verdeutlicht (siehe § 118 BVergG "Öffnung der Angebote"). Es besteht sohin auch kein Grund zur Annahme, dass dem Begriff der "Angebotsöffnung" gemäß § 129 Abs 1 Z 5 BVergG, welcher auch im Verhandlungsverfahren zur Anwendung gelangt, eine andere Bedeutung als der "Öffnung der Angebote" iSd § 118 leg cit zukäme. Obwohl der betreffende Ausscheidenstatbestand auf das Fehlen des Vadiumsnachweises "bei Angebotsöffnung" und nicht "im Zeitpunkt der Angebotsöffnung" abstellt, kann dieser Formulierung keineswegs im Sinne der Ausführungen der Antragstellerin die Bedeutung zukommen, dass das Nachbringen des Nachweises während der laufenden Angebotsöffnung zulässig wäre (siehe auch Kommentierung Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zu den §§ 86 und 129, wo sich keine diesbezüglichen Überlegungen finden). Die Antragstellerin vermochte damit nicht darzulegen, dass es einen Unterschied machen würde, ob es sich um ein offenes Verfahren oder ein Verhandlungsverfahren handelt. Insofern ist auch der der Entscheidung des BVA vom 4. Juni 2012, N/0045-BVA/07/2012-23, zugrundeliegende Sachverhalt entgegen der Ansicht der Antragstellerin mit der vorliegenden Konstellation vergleichbar und die betreffende vergaberechtliche Rechtsprechung beachtlich. Aber auch aus der Formulierung "bei der Öffnung der letztgültigen Angebote" lässt sich für den Standpunkt der Antragstellerin nichts gewinnen. Richtig ist im Sinne der Ausführungen der Antragstellerin, dass bei Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 118, Absatz 2, BVergG keine formalisierte Öffnung erforderlich ist. Dies lässt aber keineswegs den Schluss zu, dass Bietern daher im Verhandlungsverfahren im Zuge der Angebotsöffnung weitergehende Möglichkeiten, ihre Angebote zu ändern oder zu vervollständigen, offen stünden. So sind auch in Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 118, Absatz 4, BVergG alle bei der Öffnung des Angebotes vorliegenden Teile während der Angebotsöffnung so eindeutig zu kennzeichnen, zB so zu lochen, dass ein nachträgliches Auswechseln feststellbar wäre. An dieser Verpflichtung ändert die Tatsache nichts, dass bei Verhandlungsverfahren keine formalisierte Öffnung der Angebote erforderlich ist (siehe UVS Tirol vom 11. Juli 2008, uvs-2008/27/1662), zumal auch im Verhandlungsverfahren die Grundsätze des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 19, BVergG von maßgeblicher Bedeutung sind. Auch vermag das Vorbringen, dass mangels formalisierter Öffnung der Angebote nicht auf einen Zeitpunkt, sondern auf einen Zeitraum abzustellen sei, nicht zu überzeugen. Denn auch in einem offenen Verfahren nimmt die Öffnung der Angebote zweifelsohne einen Zeitraum ein vergleiche Paragraph 118, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG "Datum und Uhrzeit von

Beginn und Ende der Öffnung"). Gemäß Paragraph 118, BVergG ist demgemäß auch unterschiedslos sowohl bei offenen und nicht offenen Verfahren wie auch bei Verhandlungsverfahren von der "Öffnung der Angebote" die Rede. Bereits mit der Öffnung des ersten Angebotes wird, gleichgültig um welche Art des Vergabeverfahrens es sich handelt, die Angebotsöffnung in Gang gesetzt und damit jegliche Angebotsänderung bzw. -ergänzung im Zuge der Angebotsöffnung ausgeschlossen, andernfalls die Bestimmung einer Angebotsfrist, deren Ablauf naturgemäß vor der Öffnung der Angebote liegt, gänzlich ihres Sinnes und Zweckes beraubt wäre (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1425). Im Übrigen ist die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass nach allgemeinem Sprachverständnis die Formulierungen "Öffnung der Angebote" und "Angebotsöffnung" gleichbedeutend in Verwendung stehen, was ein bloßer Blick in das Bundesvergabegesetz selbst verdeutlicht (siehe Paragraph 118, BVergG "Öffnung der Angebote"). Es besteht sohin auch kein Grund zur Annahme, dass dem Begriff der "Angebotsöffnung" gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, welcher auch im Verhandlungsverfahren zur Anwendung gelangt, eine andere Bedeutung als der "Öffnung der Angebote" iSd Paragraph 118, leg cit zukäme. Obwohl der betreffende Ausscheidenstatbestand auf das Fehlen des Vadiumsnachweises "bei Angebotsöffnung" und nicht "im Zeitpunkt der Angebotsöffnung" abstellt, kann dieser Formulierung keineswegs im Sinne der Ausführungen der Antragstellerin die Bedeutung zukommen, dass das Nachbringen des Nachweises während der laufenden Angebotsöffnung zulässig wäre (siehe auch Kommentierung Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zu den Paragraphen 86 und 129, wo sich keine diesbezüglichen Überlegungen finden). Die Antragstellerin vermochte damit nicht darzulegen, dass es einen Unterschied machen würde, ob es sich um ein offenes Verfahren oder ein Verhandlungsverfahren handelt. Insofern ist auch der der Entscheidung des BVA vom 4. Juni 2012, N/0045-BVA/07/2012-23, zugrundeliegende Sachverhalt entgegen der Ansicht der Antragstellerin mit der vorliegenden Konstellation vergleichbar und die betreffende vergaberechtliche Rechtsprechung beachtlich.

Nach Ansicht des erkennenden Senates ist die fragliche Formulierung in Punkt 23 Teil A der Ausschreibungsunterlagen in Zusammenschau mit dem zwingenden Erfordernis, das Originaldokument dem Letztangebot beizulegen, was naturgemäß nur vor Ablauf der Angebotsfrist erfolgen kann, daher nur dahingehend zu verstehen, dass ein Fehlen des geforderten Originalnachweises, welches bei der Öffnung der Angebote zutage tritt, das Ausscheiden des betreffenden Angebotes nach sich zieht. Für die Zweifelsregelung des § 915 ABGB bleibt daher kein Raum. Nach Ansicht des erkennenden Senates ist die fragliche Formulierung in Punkt 23 Teil A der Ausschreibungsunterlagen in Zusammenschau mit dem zwingenden Erfordernis, das Originaldokument dem Letztangebot beizulegen, was naturgemäß nur vor Ablauf der Angebotsfrist erfolgen kann, daher nur dahingehend zu verstehen, dass ein Fehlen des geforderten Originalnachweises, welches bei der Öffnung der Angebote zutage tritt, das Ausscheiden des betreffenden Angebotes nach sich zieht. Für die Zweifelsregelung des Paragraph 915, ABGB bleibt daher kein Raum.

Da dem letztgültigen Angebot der Antragstellerin als Beilage der Nachweis über den Erlag des geforderten Vadiums lediglich in Form einer Farbkopie der Bankgarantie anstelle des geforderten Originaldokuments beigelegt war, somit der originale Nachweis über den Erlag des geforderten Vadiums bei der Angebotsöffnung ausschreibungswidrigerweise nicht Bestandteil des Angebotes der Antragstellerin war, stellt dieses Angebot ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot iSd § 129 Abs 1 Z 7 BVergG dar. Die Antragstellerin war daher seitens der Auftraggeberin nicht zur Behebung des Ausschreibungswiderspruchs aufzufordern und konnte sie dies folgedessen auch nicht durch Nachreichen des Originals nach Ablauf der Angebotsfrist, auch wenn dies noch während der laufenden Angebotsöffnung erfolgt wäre, bewerkstelligen (VwGH vom 4. September 2002, 2000/04/0181 zum mit § 129 Abs 1 Z 7 BVergG vergleichbaren § 28 Abs 6 Z 9 OÖ LVergG 1994; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1422). Selbst wenn die Antragstellerin davon ausgegangen sein mag, dass durch das Verhalten von Frau Ing. Koppensteiner eine "Verbesserungsmöglichkeit" gewährt worden sei, so ist iSd aufgezeigten ständigen Rechtsprechung darauf zu verweisen, dass auch die Auftraggeberin an die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen gebunden ist und daher hiervon keinesfalls einseitig abweichen darf, sodass weder eine Bereinigung der Ausschreibungswidrigkeit noch eine Verlängerung der Angebotsfrist in Frage käme. Im Übrigen erachtet das Bundesverwaltungsgericht die von der Antragstellerin herangezogene Judikatur des VwGH zur Notwendigkeit eines klar zum Ausdruck kommenden Ausschreibungswiderspruchs hier nicht als einschlägig, zumal diese Rechtsprechung zweifelhafte Erklärungen der Bieter im Angebot, keineswegs aber das - wie im gegenständlichen Fall ohnehin unzweideutige - Fehlen zwingend geforderter Unterlagen betrifft. Die Ausschreibung legt unmissverständlich die fehlende Beilage eines Vadiumsnachweises im Original als unbehebbarer Mangel fest, sodass e contrario auch kein Zweifel daran besteht, dass die Beilage einer Kopie dieser zwingenden Anforderung gerade nicht

gerecht wird, was offenbar auch der Antragstellerin bewusst gewesen ist. Das Bemühen der Antragstellerin, das Originaldokument beizuschaffen, ist insofern unerheblich. Da dem letztgültigen Angebot der Antragstellerin als Beilage der Nachweis über den Erlag des geforderten Vadiums lediglich in Form einer Farbkopie der Bankgarantie anstelle des geforderten Originaldokuments beigelegt war, somit der originale Nachweis über den Erlag des geforderten Vadiums bei der Angebotsöffnung ausschreibungswidrigerweise nicht Bestandteil des Angebotes der Antragstellerin war, stellt dieses Angebot ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG dar. Die Antragstellerin war daher seitens der Auftraggeberin nicht zur Behebung des Ausschreibungswiderspruchs aufzufordern und konnte sie dies folgedessen auch nicht durch Nachreichen des Originals nach Ablauf der Angebotsfrist, auch wenn dies noch während der laufenden Angebotsöffnung erfolgt wäre, bewerkstelligen (VwGH vom 4. September 2002, 2000/04/0181 zum mit Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vergleichbaren Paragraph 28, Absatz 6, Ziffer 9, OÖ LVergG 1994; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1422). Selbst wenn die Antragstellerin davon ausgegangen sein mag, dass durch das Verhalten von Frau Ing. Koppensteiner eine "Verbesserungsmöglichkeit" gewährt worden sei, so ist iSd aufgezeigten ständigen Rechtsprechung darauf zu verweisen, dass auch die Auftraggeberin an die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen gebunden ist und daher hiervon keinesfalls einseitig abweichen darf, sodass weder eine Bereinigung der Ausschreibungswidrigkeit noch eine Verlängerung der Angebotsfrist in Frage käme. Im Übrigen erachtet das Bundesverwaltungsgericht die von der Antragstellerin herangezogene Judikatur des VwGH zur Notwendigkeit eines klar zum Ausdruck kommenden Ausschreibungswiderspruchs hier nicht als einschlägig, zumal diese Rechtsprechung zweifelhafte Erklärungen der Bieter im Angebot, keineswegs aber das - wie im gegenständlichen Fall ohnehin unzweideutige - Fehlen zwingend geforderter Unterlagen betrifft. Die Ausschreibung legt unmissverständlich die fehlende Beilage eines Vadiumsnachweises im Original als unbehebbarer Mangel fest, sodass e contrario auch kein Zweifel daran besteht, dass die Beilage einer Kopie dieser zwingenden Anforderung gerade nicht gerecht wird, was offenbar auch der Antragstellerin bewusst gewesen ist. Das Bemühen der Antragstellerin, das Originaldokument beizuschaffen, ist insofern unerheblich.

Abgesehen davon war das Angebot der Antragstellerin, dem lediglich eine Farbkopie der Bankgarantie beigelegt ist, und somit der Nachweis über den Vadiumserlag nicht in der in der Ausschreibung geforderten Art erbracht wurde, auch gemäß § 129 Abs 1 Z 5 BVergG auszuschneiden, da die Auftraggeberin sowohl den Nachweis über den Erlag des Vadiums durch die Beilage eines Originaldokumentes der Bankgarantie im Angebot gefordert als auch festgelegt hat, dass, sollte dieses Originaldokument dem Angebot bei der Öffnung der Angebote nicht beiliegen, dies einen unbehebbarer Mangel darstellt. Eine Verbesserungsmöglichkeit scheidet wiederum aus. Abgesehen davon war das Angebot der Antragstellerin, dem lediglich eine Farbkopie der Bankgarantie beigelegt ist, und somit der Nachweis über den Vadiumserlag nicht in der in der Ausschreibung geforderten Art erbracht wurde, auch gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG auszuschneiden, da die Auftraggeberin sowohl den Nachweis über den Erlag des Vadiums durch die Beilage eines Originaldokumentes der Bankgarantie im Angebot gefordert als auch festgelegt hat, dass, sollte dieses Originaldokument dem Angebot bei der Öffnung der Angebote nicht beiliegen, dies einen unbehebbarer Mangel darstellt. Eine Verbesserungsmöglichkeit scheidet wiederum aus.

Die Auftraggeberin gründet die Ausscheidensentscheidung ua auf § 129 Abs 1 Z 5 und 7 BVergG. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin erfolgte somit im Ergebnis jedenfalls zu Recht, weswegen auf den Ausscheidensgrund der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG nicht mehr einzugehen war und daher auch von der Bestellung eines Sachverständigen Abstand genommen werden konnte. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes stützt sich auf keine Aktenbestandteile, in die die Antragstellerin nicht Einsicht nehmen konnte bzw genommen hat. Die Auftraggeberin gründet die Ausscheidensentscheidung ua auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5 und 7 BVergG. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin erfolgte somit im Ergebnis jedenfalls zu Recht, weswegen auf den Ausscheidensgrund der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG nicht mehr einzugehen war und daher auch von der Bestellung eines Sachverständigen Abstand genommen werden konnte. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes stützt sich auf keine Aktenbestandteile, in die die Antragstellerin nicht Einsicht nehmen konnte bzw genommen hat.

3.5. Spruchpunkt A.III

Ersatz der Pauschalgebühren

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende

Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 2 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von gesamt EUR 14.400,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt (§ 318 Abs 1 Z 1, 4 und 5 BVergG; § 1 und 2 Abs 2 BVA-GebV 2012). Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von gesamt EUR 14.400,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, 4 und 5 BVergG; Paragraph eins und 2 Absatz 2, BVA-GebV 2012).

Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, besteht weder ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag noch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Zu B Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl zum Ausscheiden: ua VwGH 3. September 2009, 2008/04/0084; VwGH vom 12. September 2007, 2005/04/0181; zur Interpretation der Ausschreibung und der Willenserklärungen der Bieter: ua VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH 22. November 2011, 2006/04/0024; zur Bestandskraft von Auftraggeberentscheidungen: VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; zur Objektivität der Rechtskontrolle: VwGH vom 16. Oktober 2013, 2012/04/0027) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vergleiche zum Ausscheiden: ua VwGH 3. September 2009, 2008/04/0084; VwGH vom 12. September 2007, 2005/04/0181; zur Interpretation der Ausschreibung und der Willenserklärungen der Bieter: ua VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH 22. November 2011, 2006/04/0024; zur Bestandskraft von Auftraggeberentscheidungen: VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; zur Objektivität der Rechtskontrolle: VwGH vom 16. Oktober 2013, 2012/04/0027) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Auslegung der Ausschreibung, Ausscheiden eines Angebotes,

bestandfeste Ausschreibung, Gleichbehandlung, Nichtigerklärung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W139.2000171.1.00

Zuletzt aktualisiert am

27.05.2014

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at