

TE Bvwg Erkenntnis 2019/4/24 W123 2216005-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.04.2019

Entscheidungsdatum

24.04.2019

Norm

ABGB §914

BVergG 2018 §112 Abs3

BVergG 2018 §125 Abs6

BVergG 2018 §141 Abs1 Z7

BVergG 2018 §20 Abs1

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §339 Abs1

BVergG 2018 §342

BVergG 2018 §344

BVergG 2018 §4 Abs1 Z2

BVergG 2018 §6

B-VG Art. 133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. BVergG 2018 § 112 heute
2. BVergG 2018 § 112 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 125 heute
2. BVergG 2018 § 125 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 141 heute
2. BVergG 2018 § 141 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 20 heute
2. BVergG 2018 § 20 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 20 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 327 heute
2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 339 heute
2. BVergG 2018 § 339 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 342 heute
2. BVergG 2018 § 342 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 344 heute
2. BVergG 2018 § 344 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 344 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 4 heute
2. BVergG 2018 § 4 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 4 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 6 heute
2. BVergG 2018 § 6 gültig ab 21.08.2018
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
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W123 2216005-1/13E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Wolfgang POINTNER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX in XXXX , XXXX , vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz, Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Ohrmarken zur Rinderkennzeichnung und deren Auslieferung an österreichische Betriebe" des Auftraggebers Agrarmarkt Austria in 1200 Wien, Dresdner Straße 70, vom 14.03.2019, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Wolfgang POINTNER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der römisch 40 in römisch 40 , römisch 40 , vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz, Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Ohrmarken zur Rinderkennzeichnung und deren Auslieferung an österreichische Betriebe" des Auftraggebers Agrarmarkt Austria in 1200 Wien, Dresdner Straße 70, vom 14.03.2019, zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge die Ausscheidensentscheidung vom 04.03.2019 für nichtig erklären", wird gemäß §§ 20 Abs. 1 iVm 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 abgewiesen. Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht

möge die Ausscheidensentscheidung vom 04.03.2019 für nichtig erklären", wird gemäß Paragraphen 20, Absatz eins, in Verbindung mit 141 Absatz eins, Ziffer 7, BVerGG 2018 abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 14.03.2019 stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren und führte zur Begründung im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Angebot für Los 1 gelegt. Als Einheitspreis für eine Ohrmarkenzange habe sie EUR 15,86 angegeben; dazu habe sie die Tabelle betreffend die Ohrmarkenzange in Beilage 8 wie folgt ausgefüllt:

"Doppelohrmarkenset, (Punkt 2.7.2. und Punkt 4.1.4.) Kosten neue Ohrmarkenzange; Preisangabe

Preis für neue Ohrmarkenzange

Weitere Kosten

Umsatzsteuersatz

Einheitspreis (Summe)

8 Euro

5 Euro

+ 2.86 (22 %) Euro

15.86 Euro"

Zusätzlich zum Angebot

habe die Antragstellerin fristgerecht die geforderten Musterprodukte inklusive Ohrmarkenzange an die Auftraggeberin übermittelt. Als Absender dieser Produktmuster sei "XXXX" angegeben gewesen. habe die Antragstellerin fristgerecht die geforderten Musterprodukte inklusive Ohrmarkenzange an die Auftraggeberin übermittelt. Als Absender dieser Produktmuster sei "römisch 40" angegeben gewesen.

Am 04.03.2019 habe die Antragstellerin über die Vergabepattform die Entscheidung der Auftraggeberin, ihr Angebot auszuscheiden, zugestellt erhalten. Begründend habe die Auftraggeberin ausgeführt, dass die Angabe des Umsatzsteuersatzes von 22 % in Beilage 8 rechtswidrig gewesen sei, da diese Spalte vorausgefüllt gewesen sei und daher nicht geändert werden hätte dürfen. Daher weise das Angebot der Antragstellerin nicht die vorgeschriebene Form auf und sei auszuscheiden gewesen.

Als zweiter Ausscheidensgrund sei angeführt worden, dass die Antragstellerin in Beilage 19 zu ihrem Angebot als Lageranschrift "XXXX" angegeben habe, nicht jedoch in Beilage 5 - Subunternehmerliste - einen Subunternehmer genannt habe. Es sei daher nicht klar, in welcher Beziehung der Produktionsstandort in der Slowakei bzw. besagte Adresse zum Bieter stehe. Ein Subunternehmer wäre im Angebot offenzulegen und dessen Eignung nachzuweisen gewesen. Als zweiter Ausscheidensgrund sei angeführt worden, dass die Antragstellerin in Beilage 19 zu ihrem Angebot als Lageranschrift "römisch 40" angegeben habe, nicht jedoch in Beilage 5 - Subunternehmerliste - einen Subunternehmer genannt habe. Es sei daher nicht klar, in welcher Beziehung der Produktionsstandort in der Slowakei bzw. besagte Adresse zum Bieter stehe. Ein Subunternehmer wäre im Angebot offenzulegen und dessen Eignung nachzuweisen gewesen.

Die Antragstellerin habe in Beilage 8 zu ihrem Angebot betreffend den Preis für die Ohrmarkenzange einen Umsatzsteuersatz von 22 % angegeben.

Entgegen der Ansicht der Auftraggeberin lege die Ausschreibung nach ihrem objektiven Erklärungswert aus Bietersicht eindeutig fest, dass die Angabe des anzuwendenden Umsatzsteuersatzes zulässig und sogar gefordert sei. So sei in Beilage 8 explizit ausgeführt:

"Die Kosten sind in EUR und Cent, exkl. Umsatzsteuer, anzugeben. Der anzuwendende Umsatzsteuersatz ist in der entsprechenden Spalte anzuführen."

Es sei daher nach dieser Festlegung unzweifelhaft, dass die Bieter die entsprechende Umsatzsteuer anzugeben hätten und der österreichische Umsatzsteuersatz lediglich zum Zweck der Erleichterung der ausschreibungskonformen Befüllung dieser Tabelle für österreichische Bieter bereits vorgedruckt gewesen sei, dies allerdings nur informativ als Ausfüllhilfe. Vor diesem Hintergrund sei es auch verständlich, dass in dieser Spalte als Klammerausdruck "österreichische Umsatzsteuer" angegeben gewesen sei, erfolge damit doch die Erläuterung, dass dieser Vordruck eine Orientierung dazu biete, welche Umsatzsteuer nach österreichischem Recht zur Anwendung gelange

Diese Interpretation bestätige auch der Wortlaut am Deckblatt der Ausschreibungsunterlage, worin allgemein angegeben sei: "Vom Bieter sind die grau hinterlegten Felder auszufüllen." Auch die Spalte bezüglich der Umsatzsteuer sei grau hinterlegt, was aufgrund der zitierten Festlegungen logisch und sachgerecht gewesen sei.

Wenn die Auftraggeberin nunmehr argumentiere, im Vorausfüllen dieser Spalte mit dem österreichischen Umsatzsteuersatz käme zum Ausdruck, dass "es der AMA um die Angabe der österreichischen Umsatzsteuer in Höhe von 20 % gehe", sei das irrelevant. Entsprechend der dargestellten ständigen Rechtsprechung komme es nämlich gerade nicht auf die Intention an, die ein Auftraggeber mit einer Festlegung verfolge, sondern sei vielmehr der objektive Erklärungswert aus Bietersicht entscheidend.

Im Übrigen sei die Auslegung, dass eine Änderung des Umsatzsteuersatzes durch Bieter möglich sei, auch aufgrund des Gebotes der gesetzeskonformen Auslegung geboten. Denn würde man der von der Auftraggeberin vertretenen Auffassung folgen, dass nur die österreichische Umsatzsteuer angeboten werden dürfe, würde dies zu einer Diskriminierung ausländischer Bieter, nämlich gerade von Unternehmen, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU bzw. des EWR oder der Schweiz ansässig seien, führen. Es wäre daher ausländischen Bietern bei der von der Auftraggeberin vertretenen Interpretation gar nicht möglich, ein ausschreibungskonformes und damit zuschlagsfähiges Angebot abzugeben.

Aus alledem ergebe sich, dass die Änderung des Umsatzsteuersatzes in der entsprechenden Spalte des Angebots der Antragstellerin zulässig gewesen sei. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot daher in zulässiger Weise den korrekt anzuwendenden Umsatzsteuersatz angegeben. Der von der Auftraggeberin herangezogene Ausscheidensgrund der mangelnden Ausschreibungskonformität liege daher nicht vor.

2. Am 26.03.2018 erstattete die Auftraggeberin eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag und führte im Wesentlichen wie folgt aus:

Die Auftraggeberin sei als Käuferin der Doppelohrmarken zur Abfuhr der österreichischen Umsatzsteuer in Höhe von 20 % verpflichtet. Da die Erwerbe der Auftraggeberin aus der gesamten EU die Erwerbsschwelle von EUR 11.000,-- pro Jahr überschreiten würden, liege jedenfalls ein innergemeinschaftlicher Erwerb vor. In der Ausschreibung seien die Kosten für Doppelohrmarken inklusive der abzuführenden Umsatzsteuer zu Informationszwecken und zur leichteren Vergleichbarkeit abgefragt worden. Jedoch sei diese von der Antragstellerin in der falschen Höhe angegeben worden. Es liege somit auch keine Diskriminierung von ausländischen Anbietern vor, da in jedem Fall die österreichische Umsatzsteuer beim Finanzamt Graz-Stadt abgeführt werden müsse.

Für die Ohrmarkenzangen gelte, dass diese im Gegensatz zu den Doppelohrmarken direkt von den Rinderhaltern, ohne Beteiligung der Auftraggeberin, erworben werden würden. Die Abfrage der Kosten sei in der Ausschreibung zu Informationszwecken erfolgt. Die Antragstellerin habe mit der Angabe der italienischen Umsatzsteuer mehrere Annahmen getroffen: Alle Erwerber der Zangen seien steuerlich pauschaliert sowie würden keine UID-Nummer bei der Bestellung angeben und Waren aus dem EU-Ausland im Wert von unter EUR 11.000,-- pro Jahr erwerben. Die in Österreich geltende Lieferschwelle von EUR 35.000,-- werde von der Antragstellerin nicht überschritten.

Wenn die Antragstellerin somit vorgebe, darauf bedacht gewesen zu sein, ein gesetzeskonformes Angebot abzugeben, übersehe sie, dass es in Österreich Rinderhalter gebe, die als Landwirte nicht steuerlich pauschaliert seien und eine UID-Nummer hätten.

Zudem lasse gerade die Tatsache, dass alle übrigen grau hinterlegten Felder in den Beilagen nicht vorausgefüllt gewesen seien, eindeutig und objektiv erkennen, dass die eigenmächtige Änderung der Ausschreibung durch die Antragstellerin nicht zulässig gewesen sei und eine Änderung der Ausschreibung darstelle. Die Antragstellerin hätte erkennen müssen, dass die Umsatzsteuerfelder anders als die leeren zu behandeln seien bzw. hätte die Antragstellerin die Auftraggeberin zumindest auf mögliche Unstimmigkeiten hinweisen müssen. Die Änderung von vorgedruckten Angaben wie der Umsatzsteuer stelle daher eine unzulässige Änderung der Ausschreibung dar.

Wenn die Antragstellerin vorbringe, dass der Hinweis am Deckblatt der Ausschreibung "Vom Bieter sind die grau hinterlegten Felder auszufüllen" dazu auffordere, alle grau hinterlegten Felder auszufüllen bzw. diese zu ändern, falls diese schon vorausgefüllt seien, übersehe sie dabei, dass auch in Beilage 5 der Ausschreibungsunterlage grau hinterlegte Felder zu finden gewesen seien und diese, obwohl offenbar laut Ausführungen der Antragstellerin Subunternehmer eingesetzt werden sollten, nicht ausgefüllt worden seien. Dies zeige, dass sich die Antragstellerin keinesfalls stoisch an die Ausführungen der Ausschreibung gehalten habe.

Durch das Überschreiben der vorgedruckten Umsatzsteuersätze in den Beilagen 8 bis 10 sei von der Antragstellerin eine Änderung der Ausschreibungsunterlage vorgenommen worden. Selbst wenn die Antragstellerin tatsächlich davon ausgegangen sei, dass sie zur Überschreibung der Umsatzsteuersätze berechtigt gewesen sei, wäre sie damit zur ausdrücklichen Angabe der Nichtanerkennung von Angebotsbedingungen verpflichtet gewesen.

3. Am 03.04.2019 übermittelte das Bundesverwaltungsgericht der Antragstellerin die Stellungnahme der Auftraggeberin vom 26.03.2019 ins Parteiengehör.

4. Mit Schriftsatz vom 08.04.2019 erstattete die Antragstellerin eine Stellungnahme zum Schriftsatz der Auftraggeberin vom 26.03.2019.

Einleitend führte sie aus, dass die Antragstellerin zwar in Italien auch über eine Tochtergesellschaft verfüge, die eigene Rechtspersönlichkeit habe. Diese Tochtergesellschaft sei jedoch in den gegenständlichen Auftrag nicht involviert und solle keinerlei Aufgabe zur Vertragserfüllung oder Rechnungslegung übernehmen.

Richtig sei, dass ein Umsatzsteuersatz von 20 % nur für Lieferanten aus jenen Ländern zutreffend sei, deren Umsatzsteuersatz 20 % betrage. Dies sei beispielsweise für Lieferanten aus Italien (Umsatzsteuersatz 22 %), aber auch aus Deutschland (Umsatzsteuersatz 18 %) nicht der Fall. Zu Recht habe die Auftraggeberin daher in Beilage 8 der Ausschreibung festgelegt, dass "der anzuwendende Umsatzsteuersatz in der entsprechenden Spalte anzuführen ist". Daraus folge, dass in den grau unterlegten Feldern jeweils der anwendbare Umsatzsteuersatz anzugeben und nicht jedenfalls der österreichische Umsatzsteuersatz zu belassen gewesen sei.

In Beilage 8 sei bestimmt, dass "der anzuwendende Umsatzsteuersatz in der entsprechenden Spalte anzuführen" sei. Dies sei unzweifelhaft so zu verstehen, dass damit der im konkreten Fall auf den jeweiligen Bieter tatsächlich anzuwendende Umsatzsteuersatz gemeint sei. Ein Antrag auf Änderung der Ausschreibung sei schon deshalb nicht geboten gewesen, weil ja die Umsatzsteuerfelder grau unterlegt gewesen seien, sodass nach dem klaren Wortlaut der Ausschreibung kein Zweifel daran bestehen habe können, dass die grauen Felder zu befüllen gewesen seien und dem auch nicht der rein informativ angegebene 20%-ige Umsatzsteuersatz entgegengestanden habe.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Die Auftraggeberin hat die gegenständlichen Leistungen im Wege eines offenen Verfahrens ausgeschrieben. Die österreichweite Bekanntmachung erfolgte am 31.12.2018 bzw. 03.01.2019; EU-weit wurde die Ausschreibung am 29.12.2018 bzw. 24.01.2019 bekannt gemacht.

2. Die Ausschreibungsunterlagen ("Angebot für ein offenes Verfahren") lauten auszugsweise:

Teilangebot Doppelohrmarkenset

[...]

Für ein ausschreibungsgemäßes Angebot darf der vorgegebene Text der Ausschreibungsunterlagen vom Bieter weder geändert noch ergänzt werden. Vom Bieter sind nur die grau unterlegten Felder mit Eintragungen zu versehen und die allenfalls erforderlichen Beilagen anzuschließen. [...] Abweichungen von der Ausschreibungsunterlage sind im Angebot

ausdrücklich in einem Punkt "Nichtanerkennung von Angebotsbedingungen" anzuführen. Abweichungen gelten als vom Auftraggeber nur insofern angenommen und vereinbart, als diese im Schreiben des Auftraggebers zur Zuschlagserteilung ausdrücklich angeführt sind.

[...]

I. TEILrömisches. TEIL

1. Allgemeine Ausschreibungsbedingungen

[...]

1.9. Angebotsabgabe und Einreichform

[...]

Mit der rechtsgültigen Unterfertigung anerkennt der Bieter ohne Einschränkung alle Bestimmungen dieser Ausschreibung (insbesondere die verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die Leistungsbeschreibung und die vertragsrechtlichen Vorgaben).

[...]

1.20. Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen

[...]

Der Bieter hat die Ausschreibungsunterlagen auf Vollständigkeit zu prüfen. Der Bieter bestätigt mit der Abgabe des Angebots, dass die Leistungen in den Ausschreibungsunterlagen vollständig beschrieben sind und auch keine Teilleistungen fehlen, die zur einwandfreien Erfüllung des Vertrags notwendig sind. Bestehen nach Ansicht des Bieters bei der Auslegung des Ausschreibungstextes es mehrere Möglichkeiten bzw. erscheint etwas unklar, so hat der Bieter vor Abgabe des Angebots eine Klärung mit dem Auftraggeber herbeizuführen.

Sollten sich bei der Prüfung der Ausschreibungsunterlagen Widersprüche, sonstige Unklarheiten oder (vermutete) Verstöße gegen Vergabebestimmungen ergeben, so hat der Bieter dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen. Mit der Angebotsabgabe bestätigt der Bieter, dass die Ausschreibungsunterlagen einer vollständigen Prüfung unterzogen worden sind, dass die Ausschreibungsbestimmungen den gesetzlichen Vorgaben (insbesondere dem BVergG 2018) entsprechen, dass die Ausschreibungsunterlagen für seine Kalkulation ausreichend sind und dass der Bieter die zu erbringenden Leistungen sowie alle damit verbundenen Kosten mit der erforderlichen Genauigkeit beurteilen kann.

3. Der Ausschreibungsunterlagen waren Übersichtstabellen beigefügt. Diese lauten auszugsweise:

Beilage 8

[...]

Kosten der Ohrmarkenzange

Die Kosten sind in EUR und Cent, exkl. Umsatzsteuer, anzugeben. Der anzuwendende Umsatzsteuersatz ist in der entsprechenden Spalte anzuführen. Weitere Kosten sind alle anteiligen Kosten (zB. Verpackungskosten, Transportkosten und Postentgelt) bis zur Zustellung zum Betrieb. Der Einheitspreis errechnet sich aus dem Preis für eine neue Ohrmarkenzange zuzüglich der weiteren Kosten und der Umsatzsteuer.

Doppelohrmarkenset, (Punkt 2.7.2. und Punkt 4.1.4.) Kosten neue Ohrmarkenzange; Preisangabe

Preis für neue Ohrmarkenzange

Weitere Kosten

Umsatzsteuersatz

Einheitspreis (Summe)

+ 20 % (österreich. USt)

Die Kosten der Ohrmarkenzange werden als Zuschlagskriterium bewertet.

[...]

Beilage 9

Preisblatt Doppelohrmarkenset (Punkt 2.3., Punkt 2.4. und Punkt 4.1.1)

Die Kosten sind in EUR und Cent, exkl. Umsatzsteuer, anzugeben. Der anzuwendende Umsatzsteuersatz ist in der entsprechenden Spalte anzuführen. Weitere Kosten sind alle anteiligen Kosten (zB. Verpackungskosten und Transportkosten), die bis zum Aufgabepostamt in Österreich dem Auftraggeber in Rechnung gestellt werden. Der Einheitspreis errechnet sich aus dem Produktionspreis zuzüglich der weiteren Kosten und der Umsatzsteuer.

Produkteinheit

Produktionspreis pro Doppelohrmarkenset

Weitere Kosten pro Doppelohrmarkenset

Umsatzsteuersatz

Einheitspreis für 1 Doppelohrmarkenset (Summe)

1 Doppelohrmarkenset

+ 20 % (österr. USt)

[...]

Beilage 10

Preisblatt - Ersatzohrmarken (Punkt 2.5. und Punkt 4.1.2.)

Die Kosten sind in EUR und Cent, exkl. Umsatzsteuer, anzugeben. Der anzuwendende Umsatzsteuersatz ist in der entsprechenden Spalte anzuführen. Weitere Kosten sind alle anteiligen Kosten (zB. Verpackungskosten, Transportkosten) bis zur Lieferung zu einem österreichischen Aufgabepostamt. Die Summe von Produktionspreis, weitere Kosten und der Umsatzsteuer bildet den zu bewertenden Einheitspreis. Der von den Bietern angegebene Einheitspreis (Mischpreis aus amtlicher und elektronischer Ohrmarke) für eine Ersatzohrmarke ist die Basis für die Bewertung.

Ersatzohrmarke

Produktionspreis

Weitere Kosten

Umsatzsteuersatz

Einheitspreis (Summe)

1 Stück

+ 20 % (österr. USt)

4. Für das

gegenständliche Los 1 (Doppelohrmarkensets) wurden drei Teilangebote folgender Bieter abgegeben:

* ?XXXX

* ?XXXX

* ?XXXX (= Antragstellerin)

5. Die Bieter XXXX GmbH und XXXX boten in den Beilagen 8, 9 und 10 ihre Einheitspreise jeweils mit dem vorgegebenen Umsatzsteuersatz von 20 % an. 5. Die Bieter römisch 40 GmbH und römisch 40 boten in den Beilagen 8, 9 und 10 ihre Einheitspreise jeweils mit dem vorgegebenen Umsatzsteuersatz von 20 % an.

6. Die Antragstellerin füllte die Beilagen 8, 9 und 10 folgendermaßen aus:

Beilage 8:

Doppelohrmarkenset, (Punkt 2.7.2. und Punkt 4.1.4.) Kosten neue Ohrmarkenzange; Preisangabe

Preis für neue Ohrmarkenzange

Weitere Kosten

Umsatzsteuersatz

Einheitspreis (Summe)

8 Euro

5 Euro

+ 2.86 (22 %) Euro

15.86 Euro

Beilage 9:

Produkteinheit

Produktionspreis pro Doppelohrmarkenset

Weitere Kosten pro Doppelohrmarkenset

Umsatzsteuersatz

Einheitspreis für 1 Doppelohrmarkenset (Summe)

1 Doppelohrmarkenset

1.05 Euro

0.085 Euro

N/A

1.09 Euro

Beilage 10:

Ersatzohrmarke

Produktionspreis

Weitere Kosten

Umsatzsteuersatz

Einheitspreis (Summe)

1 Stück

0 Euro (Gratis)

0.085 Euro

N/A

0.085 Euro

7. Am

04.03.2019 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot ausgeschieden werden musste. Das Schreiben lautet auszugsweise:

"In Beilage 8 der Angebotsunterlagen wurde bei den Kosten für eine neue Ohrmarkenzange unter der Preisangabe ein Umsatzsteuersatz von 22 % angegeben. Gemäß Beilage 8 der Ausschreibungsunterlage für Doppelohrmarkensets wurde der österreichische Umsatzsteuersatz bereits von der AMA mit 20 % vorausgefüllt und angegeben.

Angebote müssen gemäß § 126 Abs. 1 BVergG 2018 die in der Ausschreibung vorgeschriebene Form aufweisen. Zu dieser Änderung der Beilage waren Sie nicht berechtigt."Angebote müssen gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG 2018 die in der Ausschreibung vorgeschriebene Form aufweisen. Zu dieser Änderung der Beilage waren Sie nicht berechtigt."

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen der Auftraggeberin keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages

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 § 328 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. 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 328, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 327, soweit es sich nicht um die um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

Auftraggeber iSd § 2 Z 5 BVergG ist die Agrarmarkt Austria. (AMA). Die AMA ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 6 BVergG. Nach den Angaben der Auftraggeberin beträgt der geschätzte Auftragswert beim gegenständlich angefochtenen Los 1 ca. EUR 779.456,00 (ohne Ust.), sodass der relevante Schwellenwert gemäß § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG jedenfalls überschritten wird und es sich daher um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 5, BVergG ist die Agrarmarkt Austria. (AMA). Die AMA ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG. Nach den Angaben der Auftraggeberin beträgt der geschätzte Auftragswert beim gegenständlich angefochtenen Los 1 ca. EUR 779.456,00 (ohne Ust.), sodass der relevante Schwellenwert gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG jedenfalls überschritten wird und es sich daher um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 342 BVergG iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin

gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 342, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG ist sohin gegeben.

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 343 Abs. 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 340 Abs. 1 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018). Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 344 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 343, Absatz eins, BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 340, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe 2018). Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 344, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

1. Vorweg ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibungsunterlage nicht angefochten wurde und daher bestandfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive des Auftraggebers, sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung, vgl. VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (vgl. EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, I 3353, Rn 39; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden (vgl. EuGH 25.04.1996, Rs-C 87/94, Wallonische Autobusse, Rz 54). 1. Vorweg ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibungsunterlage nicht angefochten wurde und daher bestandfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive des Auftraggebers, sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung, vergleiche VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend vergleiche EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, römisch eins 3353, Rn 39; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden vergleiche EuGH 25.04.1996, Rs-C 87/94, Wallonische Autobusse, Rz 54).

Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (vgl. VwGH 07.11.2005, 2003/04/0234). Die Festlegungen der Ausschreibung sind der Auftragsvergabe zugrunde zu legen (vgl. VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090 mwN; 14.04.2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (vgl. BVA 30.04.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; BVA 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (vgl. EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89; vgl. BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden vergleiche VwGH 07.11.2005, 2003/04/0234). Die Festlegungen der Ausschreibung sind der Auftragsvergabe zugrunde zu legen vergleiche VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090 mwN; 14.04.2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen vergleiche BVA 30.04.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; BVA 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde vergleiche EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89; vergleiche BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (vgl. BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 2007/04/0019; 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen vergleiche BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 2007/04/0019; 29.03.2006,

2004/04/0144, 0156, 0157;

ebenso ua BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 02.05 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; ua BVwG 01.08.2014, W187 2008946-1/23E;

BVwG 17.06.2014 W139 2003185-1/33E und W139 2005967-1/23E).

2. Gemäß § 20 Abs. 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lautereren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. 2. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lautereren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen.

Gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG hat der öffentliche Auftraggeber den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der öffentliche Auftraggeber den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden.

3. Der Senat gelangt zum Ergebnis, dass die Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, im Ergebnis jedenfalls zu Recht erfolgte, da die Antragstellerin mehrfach zwingende Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen nicht einhielt. Dies aufgrund nachfolgender Erwägungen:

4. Zunächst ist entgegen den Ausführungen der Antragstellerin festzuhalten, dass ein redlicher Erklärungsempfänger davon ausgehen musste, dass der vorgegebene Umsatzsteuersatz von 20 % nicht eigenmächtig verändert werden durfte. Wenngleich der Antragstellerin beizupflichten ist, dass insbesondere der in den Beilagen mehrfach erwähnte Satz, wonach "der anzuwendende Umsatzsteuersatz in der entsprechenden Spalte anzuführen ist" in Zusammenschau mit dem bereits vorgegebenen (österreichischen) Umsatzsteuersatz von 20 % verunglückt erscheint, musste doch bereits aufgrund des unzweideutigen Hinweises auf Seite 2 der Ausschreibung ("Angebot für ein offenes Verfahren"), wonach "für ein ausschreibungsgemäßes Angebot der vorgegebene Text der Ausschreibungsunterlagen vom Bieter weder geändert noch ergänzt werden darf", jedem Bieter im Zeitpunkt der Angebotsabgabe klar sein, dass vorgegebene Texte der Ausschreibung nicht eigenmächtig verändern werden dürfen. Die Frage, ob die Vorgabe "20 % österr. USt" inhaltlich zu Recht erfolgte (wie offenbar von der Antragstellerin bezweifelt), kann gegenständlich dahinstehen, da sämtliche Ausschreibungsbedingungen - mangels fristgerechter Anfechtung - unangreifbar geworden sind und somit die Bieter bei Erstellung ihres Angebotes die vorgegebene Umsatzsteuer zwingend zu beachten hatten. Dass aber die Ausschreibungsunterlagen mit der zwingenden Vorgabe "20 % österr. USt" auszulegen waren, wird nicht zuletzt aufgrund des Umstandes verdeutlicht, dass von den insgesamt drei abgegebenen Angeboten für das gegenständliche Los 1 einzig die Antragstellerin den Einheitspreis mit einer USt von 22 % kalkulierte, während hingegen die beiden übrigen Mitbieter (ein französisches und ein deutsches Unternehmen) keine Änderungen in dieser Spalte vornahmen (vgl. Originalangebote der XXXX und XXXX GmbH).

4. Zunächst ist entgegen den Ausführungen der Antragstellerin festzuhalten, dass ein redlicher Erklärungsempfänger davon ausgehen musste, dass der vorgegebene Umsatzsteuersatz von 20 % nicht eigenmächtig verändert werden durfte. Wenngleich der Antragstellerin beizupflichten ist, dass insbesondere der in den Beilagen mehrfach erwähnte Satz, wonach "der anzuwendende Umsatzsteuersatz in der entsprechenden Spalte anzuführen ist" in Zusammenschau mit dem bereits vorgegebenen (österreichischen) Umsatzsteuersatz von 20 % verunglückt erscheint, musste doch bereits aufgrund des unzweideutigen Hinweises auf Seite 2 der Ausschreibung ("Angebot für ein offenes Verfahren"), wonach "für ein ausschreibungsgemäßes Angebot der vorgegebene Text der Ausschreibungsunterlagen vom Bieter weder geändert noch ergänzt werden darf", jedem Bieter im Zeitpunkt der Angebotsabgabe klar sein, dass vorgegebene Texte der Ausschreibung nicht eigenmächtig verändern werden dürfen. Die Frage, ob die Vorgabe "20 % österr. USt" inhaltlich zu Recht erfolgte (wie offenbar von der Antragstellerin bezweifelt), kann gegenständlich dahinstehen, da sämtliche Ausschreibungsbedingungen - mangels fristgerechter Anfechtung - unangreifbar geworden sind und somit die Bieter bei Erstellung ihres Angebotes die vorgegebene Umsatzsteuer zwingend zu beachten hatten. Dass aber die Ausschreibungsunterlagen mit der zwingenden Vorgabe "20 % österr. USt" auszulegen waren, wird nicht zuletzt aufgrund des Umstandes verdeutlicht, dass von den insgesamt drei abgegebenen Angeboten für das gegenständliche

Los 1 einzig die Antragstellerin den Einheitspreis mit einer USt von 22 % kalkulierte, während hingegen die beiden übrigen Mitbieter (ein französisches und ein deutsches Unternehmen) keine Änderungen in dieser Spalte vornahmen (vergleiche Originalangebote der römisch 40 und römisch 40 GmbH).

5. Soweit die Antragstellerin in der Stellungnahme vom 08.04.2019 ausführt, dass ein Umsatzsteuersatz von 20 % nur für Lieferanten aus jenen Ländern zutreffend sei, deren Umsatzsteuersatz 20 % betrage, ist überdies darauf hinzuweisen, dass - folgte man dieser Auffassung - die Antragstellerin, als schweizerisches Unternehmen, in Beilage 8 den Umsatzsteuersatz der Schweiz heranziehen hätte müssen. Den gewählten (italienischen) Umsatzsteuersatz von 22 % klärt die Antragstellerin am 04.03.2019, sohin zu einem Zeitpunkt nach Angebotsabgabe bzw. nach erfolgter Ausscheidung, dahingehend auf, dass dieser Steuersatz deshalb gewählt worden sei, da die Antragstellerin über eine "fiskalische Repräsentanz" in Italien verfüge und sich daher "gewisse Besonderheiten" ergeben würden. Im gesamten Angebot der Antragstellerin findet sich jedoch kein Hinweis auf einen Bezug zu einem italienischen Unternehmen. Die Antragstellerin hätte somit bereits im Zeitpunkt der Angebotsabgabe mit hinreichender Deutlichkeit darauf hinweisen müssen, warum in Beilage 8 der italienische Umsatzsteuersatz zur Anwendung gelangen sollte. Zutreffend verweist die Auftraggeberin diesbezüglich auf Seite 2 der Ausschreibungsbedingungen, wonach Abweichungen von der Ausschreibungsunterlage im Angebot ausdrücklich in einem Punkt "Nichtanerkennung von Angebotsbedingungen" anzuführen sind.

6. Bei Prüfung des Angebotes der Antragstellerin ist noch ein weiterer - von der Auftraggeberin nicht aufgegriffener Ausscheidenstatbestand - zutage getreten: Die Antragstellerin veränderte auch in den Beilagen 9 und 10 den vorgegebenen Text der Ausschreibungsunterlagen in unzulässiger Weise, indem sie jeweils den Hinweis "N/A" (gemeint: "nicht anwendbar") in die Spalte einsetzte. Auch diesen Umstand "klärte" sie erst im Antwortschreiben vom 04.03.2019 (nach erfolgter Ausscheidung), sohin jedenfalls verspätet, auf. Auch bezüglich dieser Angebotsbestandteile (Beilage 9 und 10) ist festzuhalten, dass einzig die Antragstellerin den Text der Ausschreibung (eigenmächtig) veränderte, während die beiden übrigen Mitbieter die Vorgabe "20 % österr. USt" beachteten (vgl. wiederum Originalangebote der XXXX und XXXX GmbH). 6. Bei Prüfung des Angebotes der Antragstellerin ist noch ein weiterer - von der Auftraggeberin nicht aufgegriffener Ausscheidenstatbestand - zutage getreten: Die Antragstellerin veränderte auch in den Beilagen 9 und 10 den vorgegebenen Text der Ausschreibungsunterlagen in unzulässiger Weise, indem sie jeweils den Hinweis "N/A" (gemeint: "nicht anwendbar") in die Spalte einsetzte. Auch diesen Umstand "klärte" sie erst im Antwortschreiben vom 04.03.2019 (nach erfolgter Ausscheidung), sohin jedenfalls verspätet, auf. Auch bezüglich dieser Angebotsbestandteile (Beilage 9 und 10) ist festzuhalten, dass einzig die Antragstellerin den Text der Ausschreibung (eigenmächtig) veränderte, während die beiden übrigen Mitbieter die Vorgabe "20 % österr. USt" beachteten (vergleiche wiederum Originalangebote der römisch 40 und römisch 40 GmbH).

7. § 125 Abs. 6 BVergG lautet: "Ist aus Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung erforderlich, so hat er dies umgehend dem öffentlichen Auftraggeber mitzuteilen. Der öffentliche Auftraggeber hat erforderlichenfalls eine Berichtigung gemäß § 101 durchzuführen." 7. Paragraph 125, Absatz 6, BVergG lautet: "Ist aus Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung erforderlich, so hat er dies umgehend dem öffentlichen Auftraggeber mitzuteilen. Der öffentliche Auftraggeber hat erforderlichenfalls eine Berichtigung gemäß Paragraph 101, durchzuführen."

Wenngleich die Antragstellerin vermeint, dass aus ihrer Sicht ein Antrag auf Änderung der Ausschreibung nicht geboten gewesen sei, trat insbesondere durch das Schreiben vom 04.03.2019 (offenkundig) zutage, dass die Antragstellerin den Ausschreibungsunterlagen einen subjektiven Inhalt unterstellte. Der Antragstellerin ist daher jedenfalls eine unterlassene Mitwirkungspflicht iSd § 125 Abs. 6 BVergG zum Vorwurf zu machen; ferner ein Verstoß gegen Punkt 1.20. der Ausschreibung, wonach der Bieter, sofern sich bei der Prüfung der Ausschreibungsunterlagen "Widersprüche, sonstige Unklarheiten oder (vermutete) Verstöße gegen Vergabebestimmungen ergeben", dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen hat. Durch die unterlassene Mitwirkungspflicht bestätigte die Antragstellerin mit der Angebotsabgabe im Übrigen, "dass die Ausschreibungsunterlagen einer vollständigen Prüfung unterzogen worden sind" sowie, "dass die Ausschreibungsbestimmungen den gesetzlichen Vorgaben (insbesondere dem BVergG 2018) entsprechen" (vgl. wiederum Punkt 1.20. der Ausschreibung). Ferner anerkannte die Antragstellerin gemäß Punkt 1.20. der Ausschreibung, dass aus ihrer Sicht ein Antrag auf Änderung der Ausschreibung nicht geboten gewesen sei, trat insbesondere durch das Schreiben vom 04.03.2019 (offenkundig) zutage, dass die Antragstellerin den Ausschreibungsunterlagen einen subjektiven Inhalt unterstellte. Der Antragstellerin ist daher

jedenfalls eine unterlassene Mitwirkungspflicht iSd Paragraph 125, Absatz 6, BVergG zum Vorwurf zu machen; ferner ein Verstoß gegen Punkt 1.20. der Ausschreibung, wonach der Bieter, sofern sich bei der Prüfung der Ausschreibungsunterlagen "Widersprüche, sonstige Unklarheiten oder (vermutete) Verstöße gegen Vergabebestimmungen ergeben", dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen hat. Durch die unterlassene Mitwirkungspflicht bestätigte die Antragstellerin mit der Angebotsabgabe im Übrigen, "dass die Ausschreibungsunterlagen einer vollständigen Prüfung unterzogen worden sind" sowie, "dass die Ausschreibungsbestimmungen den gesetzlichen Vorgaben (insbesondere dem BVergG 2018) entsprechen" vergleiche wiederum Punkt 1.20. der Ausschreibung). Ferner anerkannte die Antragstellerin gemäß Punkt

1.9. der Ausschreibung "mit der rechtsgültigen Unterfertigung ohne Einschränkung alle Bestimmungen dieser Ausschreibung (insbesondere die verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die Leistungsbeschreibung und die vertragsrechtlichen Vorgaben)".

8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund der oben (unter Rn 4 - 7) angeführten Gründe die Antragstellerin mehrfach gegen zwingende Vorgaben der Ausschreibung verstoßen hat und daher die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin (im Ergebnis) jedenfalls zu Recht erfolgt ist. Von einer näheren Erörterung der Frage, ob die Antragstellerin auch aus dem Grunde der fehlenden Angabe eines Subunternehmers auszuschneiden gewesen wäre, konnte daher Abstand genommen werden.

9. Abschließend ist anzumerken, dass den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote einer Verbesserung grundsätzlich nicht zugänglich sind (siehe dazu bereits Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg.], § 129 Rz 67 und 73; siehe auch EBRV 69 XXVI. GP 155). Abgesehen davon würde die Einräumung einer Verbesserung gegen den Grundsatz des § 112 Abs. 3 BVergG verstoßen, wonach während eines offenen Verfahrens mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden darf. 9. Abschließend ist anzumerken, dass den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote einer Verbesserung grundsätzlich nicht zugänglich sind (siehe dazu bereits Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg.], Paragraph 129, Rz 67 und 73; siehe auch EBRV 69 römisch 26 . Gesetzgebungsperiode 155). Abgesehen davon würde die Einräumung einer Verbesserung gegen den Grundsatz des Paragraph 112, Absatz 3, BVergG verstoßen, wonach während eines offenen Verfahrens mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden darf.

Zum Entfall der mündlichen Verhandlung:

Gemäß § 339 Abs. 1 Z 3 BVergG kann, soweit dem weder Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen, die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist. Gemäß Paragraph 339, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG kann, soweit dem weder Artikel 6, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bundesgesetzblatt Nr. 210 aus 1958,, noch Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen, die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist.

Gegenständlich konnte - ungeachtet des Antrages der Parteien - von einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden, da bereits aus der Aktenlage (vgl. Schriftsätze der Parteien sowie vorgelegter Vergabeakt der Auftraggeberin) feststand, dass der Antrag abzuweisen war. Abgesehen davon handelt es sich bei der Interpretation von Ausschreibungsbestimmungen um eine Rechtsfrage, die nicht mit den Parteien zu erörtern ist. Das Parteiengehör iSd § 45 Abs. 3 AVG zugunsten der Antragstellerin wurde jedenfalls gewährt. Gegenständlich konnte - ungeachtet des Antrages der Parteien - von einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden, da bereits aus der Aktenlage vergleiche Schriftsätze der Parteien sowie vorgelegter Vergabeakt der Auftraggeberin) feststand, dass der Antrag abzuweisen war. Abgesehen davon handelt es sich bei der Interpretation von Ausschreibungsbestimmungen um eine Rechtsfrage, die nicht mit den Parteien zu erörtern ist. Das Parteiengehör iSd Paragraph 45, Absatz 3, AVG zugunsten der Antragstellerin wurde jedenfalls gewährt.

Zu B)

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 ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen (zur Bestandskraft der Ausschreibung vgl. etwa VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065). 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 ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen (zur Bestandskraft der Ausschreibung vergleiche etwa VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065). Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsänderung, ausländische Gesellschaft, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Ausschreibung, bestandfeste Ausschreibung, Bestandsfestigkeit, Bietergleichbehandlung, Bindungswirkung, Diskriminierungsverbot, Eignung, Eignungsnachweis, Lieferauftrag, Mangelhaftigkeit, Mitwirkungspflicht, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachweismangel, Nichtigerklärung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Subunternehmer, Umsatzsteuer, Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W123.2216005.1.00

Zuletzt aktualisiert am

23.09.2019

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at