

TE Bvwg Erkenntnis 2017/8/23 W187 2163208-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.08.2017

Entscheidungsdatum

23.08.2017

Norm

BVergG 2006 §101 Abs4
BVergG 2006 §106 Abs1
BVergG 2006 §106 Abs7
BVergG 2006 §107 Abs1
BVergG 2006 §107 Abs2
BVergG 2006 §108 Abs1 Z6
BVergG 2006 §108 Abs2
BVergG 2006 §12 Abs1 Z3
BVergG 2006 §123 Abs1
BVergG 2006 §123 Abs2
BVergG 2006 §126
BVergG 2006 §129 Abs1 Z7
BVergG 2006 §130
BVergG 2006 §131 Abs1
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §291
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §312 Abs2
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §320 Abs2
BVergG 2006 §322 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs2
BVergG 2006 §325 Abs1
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §24
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 101 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 107 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 107 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
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 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 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 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 292 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 § 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 § 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. 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. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
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 § 24 heute
 2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
 4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016
-
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

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Sabine PREWEIN, MAS als fachkundiger Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der AAAA „[HR1]“ vertreten durch Dr. Fritz Vierthaler, Rechtsanwalt, Marktplatz 16, 4810 Gmunden, betreffend das Vergabeverfahren "KS Vöcklabruck Neu – Trockenbauarbeiten" der Auftraggeberin OÖ Gebietskrankenkasse, Gruberstraße 77, 4021 Linz, vertreten durch die Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/5, 1010 Wien, zu Recht erkannt:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht gibt dem Antrag der AAAA „[HR2]“ "Das Gericht möge die angefochtene Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 27.06.2017, wonach beabsichtigt ist, im Ausschreibungsverfahren „KS Vöcklabruck Neu – Trockenbauarbeiten“ der Firma BBBB „[HR3]“ zu einem angebotenen Gesamtpreis von €

367.950,69 exkl. USt den Zuschlag zu erteilen, für nicht erklären" statt.

Das Bundesverwaltungsgericht erklärt die Zuschlagsentscheidung vom 27. Juni 2017 im Vergabeverfahren "KS Vöcklabruck Neu – Trockenbauarbeiten" der Auftraggeberin OÖ Gebietskrankenkasse gemäß § 325 Abs 1 BVergG für nichtig. Das Bundesverwaltungsgericht erklärt die Zuschlagsentscheidung vom 27. Juni 2017 im Vergabeverfahren "KS Vöcklabruck Neu – Trockenbauarbeiten" der Auftraggeberin OÖ Gebietskrankenkasse gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG für nichtig.

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

1. Am 3. Juli 2017 beantragte die AAAA „[HR4]“ vertreten durch Dr. Fritz Vierthaler, Rechtsanwalt, Marktplatz 16, 4810 Gmunden, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 27. Juni 2017 und den Ersatz der Pauschalgebühr, sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter A) wiedergegeben. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "KS Vöcklabruck Neu – Trockenbauarbeiten" der Auftraggeberin OÖ Gebietskrankenkasse, Gruberstraße 77, 4021 Linz, vertreten durch die Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/5, 1010 Wien.

1.1 Die Antragstellerin führt nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass das Angebot der BBBB, der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, auszuscheiden sei, weil deren Angebot bei der Angebotsöffnung weder ein ausgefülltes Bieterlückenverzeichnis noch die geforderten K3- und K7-Blätter angeschlossen gewesen seien. Nach der Ausschreibung stelle das einen unbehebbarer Mangel dar. Die Auftraggeberin sei an die Ausschreibung gebunden und müsse daher das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ausscheiden. Die Pflicht zur Vorlage eines Bieterlückenverzeichnisses könne angesichts der Festlegungen in der Ausschreibung auch nicht durch Ausfüllen der Bieterlücken im Langleistungsverzeichnis ersetzt werden.

1.2 Der Antragstellerin müsse daher der Zuschlag erteilt werden. Ihr drohe ein Schaden insofern, als im Fall, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht ausgeschieden werde, nicht der Antragstellerin der Zuschlag erteilt werde, ihr der kalkulierte Deckungsbeitrag entgehe. Die Antragstellerin werde in ihrem Recht auf richtige Anwendung des BVergG, insbesondere der Bestimmung des § 123 BVergG verletzt. 1.2 Der Antragstellerin müsse daher der Zuschlag erteilt werden. Ihr drohe ein Schaden insofern, als im Fall, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht ausgeschieden werde, nicht der Antragstellerin der Zuschlag erteilt werde, ihr der kalkulierte Deckungsbeitrag entgehe. Die Antragstellerin werde in ihrem Recht auf richtige Anwendung des BVergG, insbesondere der Bestimmung des Paragraph 123, BVergG verletzt.

2. Am 7. Juli 2017 erteilte die Auftraggeberin OÖ Gebietskrankenkasse, Gruberstraße 77, 4021 Linz, vertreten durch die

Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/5, 1010 Wien, allgemeine Auskünfte, nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und zum Nachprüfungsantrag Stellung und legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens im Original vor.

2.1 Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und der Nachprüfungsantrag seien wegen mangelnder Darstellung des Interesses und des Schadens der Antragstellerin zurückzuweisen. Beides sei weder behauptet noch bescheinigt.

2.2 Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei ausschreibungskonform. Die Ausschreibung enthalte echte Bieterlücken, deren Nichtausfüllen nach ständiger Rechtsprechung einen unbehebbarer Mangel darstelle. Die Auftraggeberin habe in der Ausschreibung an zwei Stellen darauf hingewiesen, dass das Nichtausfüllen der Bieterlücken zum Ausscheiden des Angebotes führe. Bei der gegenständlichen Ausschreibung hätten sieben von elf Bietern kein gesondertes Bieterlückenverzeichnis abgegeben. Das zeige, dass die Ausschreibung so verstanden worden sei, dass die Bieterlücken in der Ausschreibung auszufüllen seien. Die Ausschreibung sei entsprechend der Rechtsprechung so auszulegen, dass es ohne Belang sei, ob die Bieterlücken in einem gesonderten Dokument oder bereits im Leistungsverzeichnis ausgefüllt würden.

2.3 Die Auftraggeberin beantragt daher, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab- in eventu zurückzuweisen und den Nachprüfungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen.

3. Am 7. Juli 2017 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

4. Am 11. Juli 2017 setzte das Bundesverwaltungsgericht mit der einstweiligen Verfügung zur Zahl W187 2163208-1/3E die Zuschlagsentscheidung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aus.

5. Am 13. Juli 2017 teilte die Antragstellerin mit, dass der Rechtsvertreter urlaubsbedingt vom 14. Juli 2017 bis 21. Juli 2017 und vom 31. Juli 2017 bis 15. August 2017 abwesend sei und ersucht um Berücksichtigung bei der Terminausschreibung.

6. Am 28. Juli 2017 nahm die Antragstellerin Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass sie durch zeigerechter Abgabe eines vollständigen Angebots ihr Interesse am Vertragsabschluss gezeigt habe. Die Auftraggeberin habe in Teil I.A.3.3 Abs 2 der Ausschreibungsunterlagen unmissverständlich festgelegt, dass unabhängig von der Verwendung des Angebotsformularblatts jedenfalls zwingend mit dem Angebot ein Ausgefülltes Bieterlückenverzeichnis abzugeben sei, wobei dieses Bieterlückenverzeichnis in Papierform dem Angebot beizulegen sei. Das Fehlen dieser Unterlagen sei als unbehebbarer Mangel festgelegt worden. Bei objektivem Verständnis sei daher ein Bieterlückenverzeichnis dem Angebot beizulegen und bei Fehlen dieses das Angebot auszuschneiden. Das Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses genüge jedenfalls nicht. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei jedenfalls auszuschneiden. 6. Am 28. Juli 2017 nahm die Antragstellerin Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass sie durch zeigerechter Abgabe eines vollständigen Angebots ihr Interesse am Vertragsabschluss gezeigt habe. Die Auftraggeberin habe in Teil römisch eins.A.3.3 Absatz 2, der Ausschreibungsunterlagen unmissverständlich festgelegt, dass unabhängig von der Verwendung des Angebotsformularblatts jedenfalls zwingend mit dem Angebot ein Ausgefülltes Bieterlückenverzeichnis abzugeben sei, wobei dieses Bieterlückenverzeichnis in Papierform dem Angebot beizulegen sei. Das Fehlen dieser Unterlagen sei als unbehebbarer Mangel festgelegt worden. Bei objektivem Verständnis sei daher ein Bieterlückenverzeichnis dem Angebot beizulegen und bei Fehlen dieses das Angebot auszuschneiden. Das Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses genüge jedenfalls nicht. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei jedenfalls auszuschneiden.

7. Am 18. August 2017 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Sie hatte im Wesentlichen folgenden Verlauf:

"Der vorsitzende Richter stellt fest, dass die Ausschreibung Bieterlücken in den Positionen 392950E Z, 392970A Z, 302970B Z, 302970C Z, 302970D Z und 392975A Z enthält. In Punkt 3.7 Abs 2 und 3 in Teil I.A.1 der Ausschreibung ist festgelegt, dass die Bieterlücken auszufüllen sind."Der vorsitzende Richter stellt fest, dass die Ausschreibung Bieterlücken in den Positionen 392950E Z, 392970A Z, 302970B Z, 302970C Z, 302970D Z und 392975A Z enthält. In Punkt 3.7 Absatz 2 und 3 in Teil römisch eins.A.1 der Ausschreibung ist festgelegt, dass die Bieterlücken auszufüllen sind.

Vorsitzender Richter: War der Ausschreibung ein Muster für ein Bieterlückenverzeichnis angeschlossen?

Mag. Martina HARRER, Rechtsvertreterin der Auftraggeberin: Der Ausschreibung war kein Bieterlückenverzeichnis angeschlossen. Dieses erstellt das Kalkulationsprogramm, dass der Bieter verwendet, zB

XXXX.römisch 40.

Dr. Fritz VIERTHALER, Rechtsvertreter der Antragstellerin: Neben dem ausgefüllten Leistungsverzeichnis ist auch ein ausgefülltes Bieterlückenverzeichnis abzugeben. In welcher Form auch immer.

Mag. Martina HARRER: Die Erfahrung hat gezeigt, dass Bieterlücken oft nicht ausgefüllt werden. Daher muss die Ausschreibung die Bieter zwingen, die Bieterlücken auszufüllen. Deshalb gibt es auch den unbeheblichen Mangel. Wichtig ist die Information, in welcher Form auch immer sie abgegeben wird. Durch die gewählte Vorgangsweise genießt die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin keinen Wettbewerbsvorteil. Sieben von elf Bietern haben das Angebot gleichartig abgegeben. Ein getrenntes Bieterlückenverzeichnis ergab sich aus dem verwendeten Muster für die Ausschreibung.

Dr. Fritz VIERTHALER: Ich verweise auf Punkt 3.3 Abs 2 in Teil I.A.1 der Ausschreibung, in dem ausdrücklich und nach dem objektiven Erklärungswert eindeutig ein Bieterlückenverzeichnis zusätzlich zum ausgefüllten Leistungsverzeichnis gefordert wird. Wie das Leistungsverzeichnis ausgefüllt werden muss, ist ausdrücklich in Punkt 3.7 geregelt. Insofern ist die Argumentation der Antragsgegnerin nicht nachvollziehbar.Dr. Fritz VIERTHALER: Ich verweise auf Punkt 3.3 Absatz 2, in Teil römisch eins.A.1 der Ausschreibung, in dem ausdrücklich und nach dem objektiven Erklärungswert eindeutig ein Bieterlückenverzeichnis zusätzlich zum ausgefüllten Leistungsverzeichnis gefordert wird. Wie das Leistungsverzeichnis ausgefüllt werden muss, ist ausdrücklich in Punkt 3.7 geregelt. Insofern ist die Argumentation der Antragsgegnerin nicht nachvollziehbar.

Mag. Martina HARRER: Ich verweise auf die Entscheidung VwGH 12. 5. 2011,2008/04/0087. Im Zweifel sind Festlegungen gesetzeskonform auszulegen. In der Ausschreibung ist nicht angegeben, dass das Bieterlückenverzeichnis getrennt abzugeben ist.

Dr. Fritz VIERTHALER: Aus dem Wort "Unterlagen" in Punkt 3.3 Abs. 2 ergibt sich, dass mehr als eine Unterlage vorzulegen ist. Die angesprochene gesetzeskonforme Auslegung kommt nur in Zweifelsfällen zur Anwendung. Hier handelt es sich nicht um einen Zweifelsfall.Dr. Fritz VIERTHALER: Aus dem Wort "Unterlagen" in Punkt 3.3 Absatz 2, ergibt sich, dass mehr als eine Unterlage vorzulegen ist. Die angesprochene gesetzeskonforme Auslegung kommt nur in Zweifelsfällen zur Anwendung. Hier handelt es sich nicht um einen Zweifelsfall.

Vorsitzender Richter: Hat die Zuschlagsempfängerin ein gesondertes Bieterlückenverzeichnis abgegeben?

Mag. Martina HARRER: Nein, weder mit dem Angebot noch nach der Angebotseröffnung. Sie wurde auch nicht dazu aufgefordert.

Vorsitzender Richter: Hat die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin alle Bieterlücken vollständig ausgefüllt?

Mag. Martina HARRER: Ja, im Leistungsverzeichnis."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die OÖ Gebietskrankenkasse schreibt unter der Bezeichnung "KS Vöcklabruck Neu – Trockenbauarbeiten" einen Bauauftrag über Trockenbauarbeiten mit den CPV-Codes 45324000-4 – Gipskartonarbeiten und 45421146-9 Einbau von abgehängten Decken in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Billigstangebotsprinzip aus. Die Auftraggeberin veröffentlichte den Auftrag ua im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 20. März 2017 in der Online Ausgabe und am 22. März 2017 in der Druckausgabe zur Zahl L-619190-7317, beide abgesandt am 17. März 2017. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.2 Die Ausschreibung lautet auszugsweise wie folgt:

" Ausschreibungsunterlagen

TEIL I.A.1TEIL römisch eins.A.1

VERFAHRENSREGELUNGEN

3.3 ABZUGEBENDE UNTERLAGEN

(2) Unabhängig von der Verwendung des Angebotsformblatts (Teil I.B.1. oder Teil I.B.2), sind jedenfalls zwingend folgende Unterlagen mit dem Angebot abzugeben.(2) Unabhängig von der Verwendung des Angebotsformblatts (Teil römisch eins.B.1. oder Teil römisch eins.B.2), sind jedenfalls zwingend folgende Unterlagen mit dem Angebot abzugeben.

a. Teil II.A.4 ausgefülltes Leistungsverzeichnis: Der Bieter hat die Möglichkeit, entweder ein ausgefülltes Langleistungsverzeichnis in Papierform oder einen ausgefüllten Datenträger gem ÖNORM A 2063:a. Teil römisch zwei.A.4 ausgefülltes Leistungsverzeichnis: Der Bieter hat die Möglichkeit, entweder ein ausgefülltes Langleistungsverzeichnis in Papierform oder einen ausgefüllten Datenträger gem ÖNORM A 2063:

samt automationsunterstützt erstelltem und ausgepreistem Kurzleistungsverzeichnis in Papierform abzugeben.

b. ausgefülltes Bieterlückenverzeichnis: Der Bieter hat das ausgefüllte Bieterlückenverzeichnis in Papierform seinem Angebot beizulegen.

Das Fehlen dieser Unterlagen stellt einen unbehebbarer Mangel dar und führt zum Ausscheiden des Angebots!

3.7 LEISTUNGSVERZEICHNIS / BIETERLÜCKEN – GLEICHWERTIGKEIT VON

LEISTUNGEN, MATERIALIEN, ERZEUGNISSEN, TYPEN

(1) Bei Vorlage von Langleistungsverzeichnis und Kurzleistungsverzeichnis gilt vorrangig das Langleistungsverzeichnis. Im Fall des Datenträgeraustausches anerkennt der Bieter die vom Auftraggeber erstellte Beschreibung der Leistung.

(2) Zu den in den einzelnen Unterleistungsgruppen angegebenen Positionen sind vom Bieter – sofern vorgesehen – in den Bieterlücken Materialien/Erzeugnisse/Typen anzubieten (echte Bieterlücken). Die angebotenen Materialien/Erzeugnisse/Typen haben mindestens den in der Ausschreibung bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Spezifikationen zu entsprechen. Auf Verlangen des AG weist der Bieter die in der Ausschreibung bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Spezifikationen vollständig nach (Erfüllung der Mindestqualität).

(3) Wird eine echte Bieterlücke vom Bieter nicht ausgefüllt, stellt dies einen unbehebbarer Mangel dar, der zum Ausscheiden des Angebots führt.

Ausschreibungsunterlagen

TEIL I.B.1TEIL römisch eins.B.1

ANGEBOTSFORMBLATT MIT

EIGNUNGSNACHWEISEN

12. Verzeichnis der Anlagen des Bieters zu seinem Angebot und Unterschrift

Zusätzlich zu den nachfolgenden Formblättern liegt der Bieter seinem Angebot folgende Anlagen bei:

Fortlaufende Nummer der Anlage

Bezeichnung der Anlage

Referenz Teil I.A.1Referenz Teil römisch eins.A.1

Anzahl der angeschlossenen Blätter

Anlage 1

ausgefülltes Leistungsverzeichnis

Teil I.A.1 Punkt 3.2Teil römisch eins.A.1 Punkt 3.2

Anlage 2

ausgefülltes Bieterlückenverzeichnis

Teil I.A.1 Punkt 3.2Teil römisch eins.A.1 Punkt 3.2

Ausschreibungsunterlagen

TEIL I.B.2TEIL römisch eins.B.2

ANGEBOTSFORMBLATT MIT

EIGENERKLÄRUNG

12. Verzeichnis der Anlagen des Bieters zu seinem Angebot und Unterschrift

Zusätzlich zu den nachfolgenden Formblättern liegt der Bieter seinem Angebot folgende Anlagen bei:

Fortlaufende Nummer der Anlage

Bezeichnung der Anlage

Referenz Teil I.A.1Referenz Teil römisch eins.A.1

Anzahl der angeschlossenen Blätter

Anlage 1

ausgefülltes Leistungsverzeichnis

Teil I.A.1 Punkt 3.2Teil römisch eins.A.1 Punkt 3.2

Anlage 2

ausgefülltes Bieterlückenverzeichnis

Teil I.A.1 Punkt 3.2Teil römisch eins.A.1 Punkt 3.2

"

Bieterlücken finden sich in den Positionen 392950E Z "Az Montagewände zementgebundene Platten", 392970A Z "Strahlenschutz – Bleikasch.", 302970B Z "Strahlenschutz – Bleistreifen", 392970C Z "Strahlenschutz – Abdeck. Dosen", 392970D Z "St-ZU b.2m2 in GKW liefern u. versetzen mit Bleieinlage" und 392975A Z "Gipskartonschw. – hoshall d. nach m2".

(Ausschreibung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.3 Die Angebotsöffnung fand am 4. Mai 2017 um 14.15 Uhr statt. Es langten elf Angebote ein. Es waren drei Vertreter von Bieter, ua der Antragstellerin dabei anwesend. Die Angebotspreise ohne USt der fünf billigsten Angebote waren folgende:

* ?CCCC € 358.581,65

* ?BBBB € 367.950,69

* ?AAAA € 369.359,70

* ?DDDD € 372.273,60

* ?EEEE .[HR5] € 373.621,25

(Angebotsöffnungsprotokoll in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.4 Im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sind die Bieterlücken im Leistungsverzeichnis vollständig ausgefüllt. Es enthält kein gesondertes Bieterlückenverzeichnis. (Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.5 Mit Schreiben vom 11. Mai 2017 forderte die Auftraggeberin die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf, die Formblätter 5 und 6 ausgefüllt, einen aktuellen Firmenbuchauszug und die K3- und K7-Blätter für die wesentlichen Positionen abzugeben sowie die Preise in näher genannten Positionen aufzuklären. Mit Schreiben vom 17. Mai 2017 kam die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin dieser Aufforderung nach. (Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.6 Die Auftraggeberin schied das Angebot der CCCC mit Schreiben vom 29. Mai 2017 aus. Das Ausscheiden wurde nicht bekämpft. (Ausscheidensentscheidung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.7 Die Auftraggeberin erstellte den "Zusammenfassung Prüfbericht und Vergabevorschlag (Vergabevermerk gem § 136 BVergG)" vom 1. Juni 2017. Er lautet auszugsweise wie folgt: 1.7 Die Auftraggeberin erstellte den "Zusammenfassung Prüfbericht und Vergabevorschlag (Vergabevermerk gem Paragraph 136, BVergG)" vom 1. Juni 2017. Er lautet auszugsweise wie folgt:

" 4. PRÜFUNG DER PREISE

Es wurde eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt.

5. ZUSAMMENFASSUNG DER EINZELPRÜFUNGEN DER BIETER

5.2 BIETER BBBB

5.2.1 Grundlagen und Ablauf der Prüfung

Der Angebotsprüfung liegen folgende Unterlagen zu Grunde:

Dokument

Datum

Angebot mit Eignungsnachweisen

19.04.2017*

Angebot mit Eigenerklärung

-

Vorlage der Eignungsnachweise

-

Aufforderung Mängelbehebung

11.05.2017

Einlangen Mängelbehebung

17.05.2017

Aufklärungsgespräch

-

ANKÖ-Auskunft

05.05.2017

5.2.2

Ergebnis der Prüfung

(2) Die Prüfung des Angebots zeigt zusammengefasst folgendes Ergebnis:

Prüfung allgemein

Das Angebot ist vollständig und formrichtig.

Ja

Es liegt keine Ausschreibungswidrigkeit vor.

Ja

Das Angebot ist rechtsgültig unterfertigt.

Ja

Erklärung gem § 106 BVergG wurde abgegeben Erklärung gem Paragraph 106, BVergG wurde abgegeben.

Ja

Es liegen keine Hinweise vor, dass die vergaberechtlichen Grundsätze verletzt sind.

Ja

Prüfung Eignung Bieter

Es liegen keine Ausschlussgründe gem §68 BVergG vor.

Ja

Es liegt keine zu berücksichtigende Bestrafung gem § 28b AuslBG vor. Es liegt keine zu berücksichtigende Bestrafung gem Paragraph 28 b, AuslBG vor.

Ja

Es liegt keine rechtskräftige Bestrafung / Entscheidung iSd § 7n AVRAG vor. Es liegt keine rechtskräftige Bestrafung / Entscheidung iSd Paragraph 7 n, AVRAG vor.

Ja

Es liegt kein Rückstand bei der zuständigen Sozialversicherungsanstalt vor.

Ja

Es liegt kein Rückstand beim zuständigen Finanzamt vor.

Ja

Die Befugnis ist gegeben.

Ja

Die technische Leistungsfähigkeit ist gegeben.

Ja

Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist gegeben.

Ja**

Preisprüfung / Bieterlücken / Gleichwertigkeit

Erfüllt

Die Preise sind angemessen.

Ja

Die Preise sind betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar.

Ja

Im Fall von Bieterlücken sind die angegebenen Produkte technisch gleichwertig.

Ja

Der Bieter wird in der Bewertung berücksichtigt.

Ja

6.

ERMITTLUNG DES BILLIGSTBIETERS

6.1 BIETERREIHUNG

Reihung

Name des Bieters Anschrift des Bieters

Gesamtpreis exkl Ust

1

BBBB

367.950,69

2

AAAA

369.359,70

3

7. VERGABEVORSCHLAG

Der Generalplaner empfiehlt daher den Zuschlag der Firma

BBBB

zu erteilen.

"

("Zusammenfassung Prüfbericht und Vergabevorschlag (Vergabevermerk gem § 136 BVergG)" vom 1. Juni 2017 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)("Zusammenfassung Prüfbericht und Vergabevorschlag (Vergabevermerk gem Paragraph 136, BVergG)" vom 1. Juni 2017 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.8 Die Auftraggeberin teilte allen Bietern mit Schreiben vom 27. Juni 2017 die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der BBBB mit. (Zuschlagsentscheidung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.9 Die Auftraggeberin hat das Vergabeverfahren weder widerrufen noch den Zuschlag erteilt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.10 Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

4.617. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

2.1 Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann.

2.2 Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz – BVwGG, BGBl I 2013/10 idgF, lauten: 3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz – BVwGG, BGBl römisch eins 2013/10 idgF, lauten:

"Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist." Paragraph 6, Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist."

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl I 2013/33 idgF, lauten: 3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl römisch eins 2013/33 idgF, lauten:

"Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes. Paragraph eins, Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen. Paragraph 28, (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn (2) Über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) "

Inkrafttreten

§ 58. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft Paragraph 58, (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft.

(2) Entgegenstehende Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht sind, bleiben unberührt.

(3) ..."

3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß § 58 Abs 2 VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVergG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl I 2006/17 idgF, lauten: 3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVergG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl römisch eins 2006/17 idgF, lauten:

"Grundsätze des Vergabeverfahrens

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

unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) Ablauf des offenen Verfahrens

§ 101. (1) (4) Während eines offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.Paragraph 101, (1) (4) Während eines offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.

Allgemeine Bestimmungen

§ 106. (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.Paragraph 106, (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

(2) (7) Erfolgt ausnahmsweise gemäß § 98 Abs. 7 und 8 die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz "oder gleichwertig", so kann der Bieter in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele genannten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.(2) (7) Erfolgt ausnahmsweise gemäß Paragraph 98, Absatz 7 und 8 die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz "oder gleichwertig", so kann der Bieter in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele genannten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.

(8) Form der Angebote

§ 107. (1) Angebote müssen die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Form aufweisen. Bei einem Datenträgeraustausch ist die Übermittlung eines automationsunterstützt erstellten, ausgepreisten, ausgedruckten und rechtsgültig unterfertigten Kurzleistungsverzeichnisses dann zulässig, wenn zugleich auch die vom Auftraggeber erstellte Beschreibung der Leistung vom Bieter rechtsgültig unterfertigt abgegeben oder anerkannt wird.Paragraph 107, (1) Angebote müssen die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Form aufweisen. Bei einem Datenträgeraustausch ist die Übermittlung eines automationsunterstützt erstellten, ausgepreisten, ausgedruckten und rechtsgültig unterfertigten Kurzleistungsverzeichnisses dann zulässig, wenn zugleich auch die vom Auftraggeber erstellte Beschreibung der Leistung vom Bieter rechtsgültig unterfertigt abgegeben oder anerkannt wird.

(2) Angebote sind vollständig sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben.

(3) Inhalt der Angebote

§ 108. (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:Paragraph 108, (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

1. 6. sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen oder Erklärungen;

7. die Aufzählung der dem Angebot beigegebenen sowie gesondert eingereichten Unterlagen;

8. (2) Mit der Abgabe seines Angebotes erklärt der Bieter, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

Vorgehen bei der Prüfung

§ 123. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.Paragraph 123, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde,1. ob den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer;2. nach Maßgabe des Paragraph 70, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer;
3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. die Angemessenheit der Preise;
5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 126. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.Paragraph 126, (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

(2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 nicht verletzen.(2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 nicht verletzen.

(3) Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

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

8. Wahl des Angebotes für den Zuschlag

§ 130. (1) Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.Paragraph 130, (1) Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, ist der Zuschlag gemäß den

Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

(2) Die Gründe für die Zuschlagsentscheidung sind schriftlich festzuhalten.

Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

§ 131. (1) Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs. 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde. Paragraph 131, (1) Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins,, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde.

(2) Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 291. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Paragraph 291, Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

Senatszuständigkeit und -zusammensetzung

§ 292. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs. 3 oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Paragraph 292, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, Absatz 3, oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten.

(2) Der Senat besteht aus einem Mitglied als Vorsitzenden und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem der Auftragnehmer angehören.

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 311. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden. Paragraph 311, Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

Zuständigkeit

§ 312. (1) (2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig Paragraph 312,

(1) (2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

2. zur Nichtigserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

Paragraph 320, (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) Nichtigserklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

Paragraph 325, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltenden gemachten Recht verletzt, und

2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2) "

3.2 Formale Voraussetzungen

3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die OÖ Gebietskrankenkasse. Sie ist öffentliche Auftraggeberin (st Rspr zB BVA 20. 3. 2006, N/0003-BVA/03/2006-18; 29. 10. 2013, N/0103-BVA/10/2013-EV11). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die OÖ Gebietskrankenkasse. Sie ist öffentliche Auftraggeberin (st Rspr zB BVA 20. 3. 2006, N/0003-BVA/03/2006-18; 29. 10. 2013, N/0103-BVA/10/2013-EV11). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben.

3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG ist sohin gegeben.

3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigenerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigenerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

3.2.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

3.2.2.1 Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht fehlen. Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass das Interesse am Vertragsabschluss und der drohende oder eingetretene Schaden iSd § 320 Abs 2 BVergG nicht entsprechend ausgeführt sind, ist dazu anzumerken, dass sie sich im Nachprüfungsantrag lediglich erahnen lassen. Das Interesse am Vertragsabschluss ist jedoch zumindest daran erkennbar, dass sich die Antragstellerin durch die Beteiligung am Vergabeverfahren, indem sie ein Angebot gelegt hat, und durch das Einbringen eines Nachprüfungsantrags (siehe zur Relevanz von Nachprüfungsanträgen bei der Beurteilung eines Interesses EuGH 6. 10. 2016, C-318/15, Tecnoedi Costruzioni, Rn 20) um den Auftrag bemüht. Dennoch handelt es sich dabei um einen verbesserbaren Mangel, sodass auch die Erkennbarkeit gerade noch ausreicht. Der Schaden muss nicht bewiesen, sondern nur bescheinigt werden. Er muss auch nicht mit einer Summe angegeben werden. Die Beeinträchtigung der Teilnahme an einem gesetzmäßig geführten Vergabeverfahren genügt dazu (VwGH 24. 2. 2010, 2008/04/0239, VwSlg 17.842 A/2010; 24. 2. 2010, 2009/04/0209, VwSlg 17844 A/2010; 22. 6. 2011, 2009/04/0128, VwSlg 18.158 A/2011; 21. 1. 2014, 2011/04/0003). Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in § 322 Abs 1 BVergG geforderten Inhalte.3.2.2.1 Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG nicht fehlen. Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass das Interesse am Vertragsabschluss und der drohende oder eingetretene Schaden iSd Paragraph 320, Absatz 2, BVergG nicht entsprechend ausgeführt sind, ist dazu anzumerken, dass sie sich im Nachprüfungsantrag lediglich erahnen lassen. Das Interesse am Vertragsabschluss ist jedoch zumindest daran erkennbar, dass sich die Antragstellerin durch die Beteiligung am Vergabeverfahren, indem sie ein Angebot gelegt hat, und durch das Einbringen eines Nachprüfungsantrags (siehe zur Relevanz von Nachprüfungsanträgen bei der Beurteilung eines Interesses EuGH 6. 10. 2016, C-318/15, Tecnoedi Costruzioni, Rn 20) um den Auftrag bemüht. Dennoch handelt es sich dabei um einen verbesserbaren Mangel, sodass auch die Erkennbarkeit gerade noch ausreicht. Der Schaden muss nicht bewiesen, sondern nur bescheinigt werden. Er muss auch nicht mit einer Summe angegeben werden. Die Beeinträchtigung der Teilnahme an einem gesetzmäßig geführten Vergabeverfahren genügt dazu (VwGH 24. 2. 2010, 2008/04/0239, VwSlg 17.842 A/2010; 24. 2. 2010, 2009/04/0209, VwSlg 17844 A/2010; 22. 6. 2011, 2009/04/0128, VwSlg 18.158 A/2011; 21. 1. 2014, 2011/04/0003). Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in Paragraph 322, Absatz eins, BVergG geforderten Inhalte.

3.2.2.2 Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag alle in § 322 Abs 1 geforderten Inhalte enthält und kein Grund des § 322 Abs 2 BVergG für die Unzulässigkeit dieses Antrags vorliegt.3.2.2.2 Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag alle in Paragraph 322, Absatz eins, geforderten Inhalte enthält und kein Grund des Paragraph 322, Absatz 2, BVergG für die Unzulässigkeit dieses Antrags vorliegt.

3.3 Zu Spruchpunkt A) – Inhaltliche Beurteilung des Nachprüfungsantrags

3.3.1 Vorbemerkungen

3.3.1.1 Die Antragstellerin beantragt die Nichtigenerklärung der Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen, weil die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ihrem Angebot kein Bieterlückenverzeichnis angeschlossen habe und dieses entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung daher auszuschneiden sei. Die Auftraggeberin wendet dagegen ein, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Bieterlücken im Leistungsverzeichnis ausgefüllt hat und damit das Angebot eindeutig sei.

3.3.1.2 Festzuhalten ist, dass die Ausschreibung und alle anderen Festlegungen in diesem Vergabeverfahren nicht rechtzeitig angefochten wurden und daher bestandsfest sind (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Das Bundesverwaltungsgericht kann allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandsfesten Ausschreibung nicht mehr aufgreifen

(VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Das gilt auch für alle anderen Festlegungen der Auftraggeberin im Zuge des Vergabeverfahrens. Verfahrensgegenstand bleibt daher die angefochtene Ausscheidensentscheidung. Die Ausscheidensgründe, die die Antragstellerin gegen die andere Bieterin vorgebracht hat, sind daher in diesem Verfahren nicht zu prüfen.

3.3.1.3 Die Ausschreibung und alle anderen Festlegungen und Erklärungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (st Rspr, zB VwGH 18. 3. 2015, Ra 2015/04/0017). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (st Rspr zB VwGH 9. 9. 2015, Ra 2014/04/0036). Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (st Rspr zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024; 27. 10. 2014, 2012/04/0066). Ihre Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark – Brücke über den "Storebælt" Rn 39, Slg 1993, I-3353; 2. 6. 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn 39 mwN; VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Die Ausschreibung ist der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (zB VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090 mwN; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibung auszugehen (VwGH 20. 5. 2010, 2007/04/0072; BVwG 16. 4. 2014, W187 2003334-1/25E), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark – Brücke über den "Storebælt", Rn 37, Slg 1993, I-3353; BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

3.3.1.4 Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß § 123 Abs 1 BVergG in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung (zB EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 42 mwN; 2. 6. 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn 36 mwN; BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/30E). Das über die Ausschreibung Gesagte gilt ebenso für alle anderen Festlegungen des Auftraggebers im Zuge des Vergabeverfahrens (BVwG 1. 8. 2014, W187 2008946-1/23E). Damit ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und aller anderen Erklärungen zu ermitteln. 3.3.1.4 Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß Paragraph 123, Absatz eins, BVergG in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung (zB EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 42 mwN; 2. 6. 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn 36 mwN; BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/30E). Das über die Ausschreibung Gesagte gilt ebenso für alle anderen Festlegungen des Auftraggebers im Zuge des Vergabeverfahrens (BVwG 1. 8. 2014, W187 2008946-1/23E). Damit ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und aller anderen Erklärungen zu ermitteln.

3.3.1.5 Allgemein ist zu Angebotsmängeln festzuhalten, dass unbehebbarer Mängel dann vorliegen, wenn ihre Behebung zur Verbesserung der Wettbewerbsstellung führt (zB VwGH 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0015). Ist ein Mangel behebbbar, ist seine Verbesserung nicht möglich. Ist ein Mangel behebbbar, muss die Auftraggeberin den Bieter zur Verbesserung auffordern, wobei die Nachweise für den maßgeblichen Zeitpunkt zu erbringen sind (VwGH 27. 10. 2014, 2012/04/0065). Bei der Aufforderung zur Aufklärung oder Verbesserung sind alle Bieter gleich zu behandeln (VwGH 21. 3. 2011, 2008/04/0083). Eine mehrfache Aufforderung zur Verbesserung des selben Mangels bei einer eindeutigen Aufforderung ist wegen des Verstoßes gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung unzulässig.

3.3.2 Zum Bieterlückenverzeichnis

3.3.2.1 Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat ihrem Angebot kein Bieterlückenverzeichnis angeschlossen, aber alle Bieterlücken im Langleistungsverzeichnis vollständig ausgefüllt. Sie hat auch nach Angebotsöffnung kein ausgefülltes Bieterlückenverzeichnis nachgereicht.

3.3.2.2 Die Ausschreibung verlangt ein Bieterlückenverzeichnis sowohl in Teil I.A.1 Punkt 3.3.2.b als auch in Teil I.B.1 Punkt 12 und Teil I.B.2 Punkt 12. In Teil I.A.1 Punkt 3.3.2.b findet sich der Satz: "Das Fehlen dieser Unterlagen stellt einen behebbaren Mangel dar und führt zum Ausscheiden des Angebots!" Damit legt die Auftraggeberin einen unbedingten Ausscheidensgrund fest, der ihr kein Ermessen einräumt. 3.3.2.2 Die Ausschreibung verlangt ein Bieterlückenverzeichnis sowohl in Teil römisch eins.A.1 Punkt 3.3.2.b als auch in Teil römisch eins.B.1 Punkt 12 und Teil römisch eins.B.2 Punkt 12. In Teil römisch eins.A.1 Punkt 3.3.2.b findet sich der Satz: "Das Fehlen dieser Unterlagen stellt einen behebbaren Mangel dar und führt zum Ausscheiden des Angebots!" Damit legt die Auftraggeberin einen unbedingten Ausscheidensgrund fest, der ihr kein Ermessen einräumt.

3.3.2.3 Grundsätzlich sind sowohl alle Bieter als auch die Auftraggeberin an die Festlegungen der Ausschreibung gebunden (siehe die unter II.3.3.1.3 und II.3.3.1.4 dieses Erkenntnisses zitierte Entscheidungen). Wenn nun die

Auftraggeberin zwingend dem Angebot beizulegende Unterlagen verlangt und deren Nichtvorlage mit einem Ausscheidensgrund sanktioniert, ist sie wegen des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des daraus abgeleiteten Grundsatzes der Transparenz grundsätzlich verpflichtet, das Angebot auch auszuschneiden (EuGH 14. 12. 2016, C-171/15, Connexxion Taxi Services, Rn 44).

3.3.2.3 Grundsätzlich sind sowohl alle Bieter als auch die Auftraggeberin an die Festlegungen der Ausschreibung gebunden (siehe die unter römisch zwei.3.3.1.3 und römisch zwei.3.3.1.4 dieses Erkenntnisses zitierte Entscheidungen). Wenn nun die Auftraggeberin zwingend dem Angebot beizulegende Unterlagen verlangt und deren Nichtvorlage mit einem Ausscheidensgrund sanktioniert, ist sie wegen des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des daraus abgeleiteten Grundsatzes der Transparenz grundsätzlich verpflichtet, das Angebot auch auszuschneiden (EuGH 14. 12. 2016, C-171/15, Connexxion Taxi Services, Rn 44).

3.3.2.4 Das Ausfüllen des Bieterlückenverzeichnisses enthält – abgesehen von der Übersicht an einer Stelle – gegenüber dem Ausfüllen der Bieterlücken im Langleistungsverzeichnis keine zusätzliche Information. Ein Bieterlückenverzeichnis kann daher auch einen übertriebenen Formalismus darstellen, wenn die Bieterlücken sehr wenige sind – in der gegenständlichen Ausschreibung sind es sechs – und sie im Langleistungsverzeichnis eindeutig ausgefüllt sind. Der Bieter hat eindeutig die Produkte angegeben, die er im Fall der Beauftragung bei der Ausführung des Auftrags verwenden wird, wenn er alle Bieterlücken ausfüllt. Er hat keinen Spielraum, das Angebot ist eindeutig. Die Abgabe eines Bieterlückenverzeichnisses vermag zwar am Inhalt des Angebots und damit an der Wettbewerbsposition der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nichts zu ändern (VwGH 29. 6. 2005, 2005/04/0024, VwSlg 16668 A/2005). Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat diesen Mangel jedoch weder aus eigenem Antrieb behoben, noch hat sie die Auftraggeberin zur Behebung dieses Mangels aufgefordert. Die Auftraggeberin sah in dieser Unvollständigkeit des Angebots wohl auch keinen Mangel, der zu beheben wäre, weil ihr die erforderlichen Informationen, die angebotenen Produkte, zur Verfügung standen und sie die Gleichwertigkeit dieser Produkte prüfen konnte. Schließlich haben sieben von elf Bietern die Ausschreibung ebenso verstanden.

3.3.2.5 Aus den Festlegungen der Ausschreibung in Punkt 3.7 Abs 3 in Teil I.A.1 ist der Zweck der Ausschreibung zu erkennen, Bietern zu verdeutlichen, dass ihr Angebot ausgeschieden wird, wenn sie die Bieterlücken nicht vollständig ausfüllen. Dieser Anforderung ist die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nachgekommen. Dennoch knüpft die Ausschreibung an die Nichtvorlage des Bieterlückenverzeichnisses in Punkt 3.3 Abs 3 in Teil I.A.1 die Sanktion des Ausscheidens. Dieser Ausscheidensgrund ist unbedingt und räumt der Auftraggeberin kein Ermessen ein. Angesichts der Bindung an die bestandsfesten Unterlagen des Vergabeverfahrens kann dahinstehen, ob es der Auftraggeberin zusteht, selbst Ausscheidensgründe festzulegen. Daher wäre die Auftraggeberin verpflichtet gewesen, das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden.

3.3.2.5 Aus den Festlegungen der Ausschreibung in Punkt 3.7 Absatz 3, in Teil römisch eins.A.1 ist der Zweck der Ausschreibung zu erkennen, Bietern zu verdeutlichen, dass ihr Angebot ausgeschieden wird, wenn sie die Bieterlücken nicht vollständig ausfüllen. Dieser Anforderung ist die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nachgekommen. Dennoch knüpft die Ausschreibung an die Nichtvorlage des Bieterlückenverzeichnisses in Punkt 3.3 Absatz 3, in Teil römisch eins.A.1 die Sanktion des Ausscheidens. Dieser Ausscheidensgrund ist unbedingt und räumt der Auftraggeberin kein Ermessen ein. Angesichts der Bindung an die bestandsfesten Unterlagen des Vergabeverfahrens kann dahinstehen, ob es der Auftraggeberin zusteht, selbst Ausscheidensgründe festzulegen. Daher wäre die Auftraggeberin verpflichtet gewesen, das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden.

3.3.2.6 Wenn sich die Auftraggeberin darauf beruft, dass die Ausschreibung keine bestimmte Form für das Bieterlückenverzeichnis vorgibt, ist dazu anzumerken, dass doch Punkt 12 in Teil I.B.1 und Punkt 12 in Teil I.B.2 der Ausschreibung verlangen, dass der Bieter neben dem ausgefüllten Leistungsverzeichnis ein ausgefülltes Bieterlückenverzeichnis anschließt. Auch spricht der jeweilige Einleitungssatz dieser Punkte in der Mehrzahl von "Anlagen". Daraus ergibt sich, dass das Leistungsverzeichnis und das Bieterlückenverzeichnis nebeneinander vorzulegen sind. Schließlich lag der Ausschreibung kein Muster für ein Bieterlückenverzeichnis bei, weil Bieter es in den üblichen Kalkulationsprogrammen automatisch erstellen können und es in jedem Kalkulationsprogramm anders aussieht. Daraus ergibt sich, dass das Ausfüllen des Langleistungsverzeichnisses keine nach der Ausschreibung zulässige Form der Erstellung eines Bieterlückenverzeichnisses darstellt.

3.3.2.6 Wenn sich die Auftraggeberin darauf beruft, dass die Ausschreibung keine bestimmte Form für das Bieterlückenverzeichnis vorgibt, ist dazu anzumerken, dass doch Punkt 12 in Teil römisch eins.B.1 und Punkt 12 in Teil römisch eins.B.2 der Ausschreibung verlangen, dass

der Bieter neben dem ausgefüllten Leistungsverzeichnis ein ausgefülltes Bieterlückenverzeichnis anschließt. Auch spricht der jeweilige Einleitungssatz dieser Punkte in der Mehrzahl von "Anlagen". Daraus ergibt sich, dass das Leistungsverzeichnis und das Bieterlückenverzeichnis nebeneinander vorzulegen sind. Schließlich lag der Ausschreibung kein Muster für ein Bieterlückenverzeichnis bei, weil Bieter es in den üblichen Kalkulationsprogrammen automatisch erstellen können und es in jedem Kalkulationsprogramm anders aussieht. Daraus ergibt sich, dass das Ausfüllen des Langleistungsverzeichnisses keine nach der Ausschreibung zulässige Form der Erstellung eines Bieterlückenverzeichnisses darstellt.

3.3.2.7 Wenn sich die Auftraggeberin auf das Erkenntnis VwGH 12. 5. 2011,2008/04/0087, beruft, ist dem zu entgegen, dass sich dieses Erkenntnis mit der Behebbarkeit eines Mangels durch Vorlage eines Zertifikats trotz der Androhung des Ausschlusses bei Fehlen dieses Zertifikats im Angebot auseinandersetzt, wenn der Bieter das Zertifikat, das bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestanden hat, nach Angebotsöffnung vorlegt. Dieser Sachverhalt ist insofern nicht mit dem vorliegenden vergleichbar, als nie eine Verbesserung durch Vorlage eines bereits existierenden Bieterlückenverzeichnisses stattgefunden hat. Wenn sich die Auftraggeberin darauf beruft, dass die Ausschreibung auf einem Muster beruht, ist dazu anzumerken, dass es nach Veröffentlichung der Ausschreibung keinen Unterschied mehr macht, ob die Ausschreibung im Einzelfall selbständig formuliert oder auf Grundlage eines Musters erstellt wurde. Die Ausschreibung wird in der den Bietern zur Verfügung stehenden Fassung bestandsfest, aus welcher Quelle auch immer sie stammen mag.

3.3.3 Zusammenfassung

3.3.3.1 Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, widerspricht das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin der Ausschreibung und wäre gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Es kann daher nicht für die Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommen werden.3.3.3.1 Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, widerspricht das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin der Ausschreibung und wäre gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen. Es kann daher nicht für die Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommen werden.

3.3.3.2 Damit erweist sich die angefochtene Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig iSd § 325 Abs 1 Z 1 BVergG. Diese Rechtswidrigkeit betrifft die Auswahl des Angebots für den Zuschlag und ist daher für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG. Die Zuschlagsentscheidung ist daher gemäß § 325 Abs 1 BVergG für nichtig zu erklären.3.3.3.2 Damit erweist sich die angefochtene Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Diese Rechtswidrigkeit betrifft die Auswahl des Angebots für den Zuschlag und ist daher für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Die Zuschlagsentscheidung ist daher gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG für nichtig zu erklären.

3.4 Zu Spruchpunkt B) – Unzulässigkeit der Revision

3.4.1 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.3.4.1 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.

3.4.2 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. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Dabei verweist das Bundesverwaltungsgericht auf die unter II.3.2 und II.3.3 dieses Erkenntnisses zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofs.3.4.2 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. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine

grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Dabei verweist das Bundesverwaltungsgericht auf die unter römisch zwei.3.2 und römisch zwei.3.3 dieses Erkenntnisses zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsmangel, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Ausschreibung, Bauauftrag, Behebbarkeit von Mängeln, Bescheinigungspflicht, bestandfeste Ausschreibung, Bestandsfestigkeit, Bietergleichbehandlung, Bieterlücke, Bindung an die Ausschreibung, Bindungswirkung, Gleichheitsgrundsatz, Grundsatz der Gleichbehandlung, Grundsatz der Transparenz, Mängelbehebung, Mangelhaftigkeit, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Schaden, Transparenz, Unbehebbarkeit, unvollständiges Angebot, Unvollständigkeit, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Vergabeverfahren, Willenserklärung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W187.2163208.2.00

Zuletzt aktualisiert am

04.09.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at