

TE Bvwg Erkenntnis 2018/8/28 W187 2201480-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.08.2018

Entscheidungsdatum

28.08.2018

Norm

BVergG 2006 §101 Abs1
BVergG 2006 §101 Abs4
BVergG 2006 §106 Abs1
BVergG 2006 §106 Abs2
BVergG 2006 §106 Abs7
BVergG 2006 §107 Abs4
BVergG 2006 §108 Abs1 Z2
BVergG 2006 §108 Abs1 Z6
BVergG 2006 §12 Abs1 Z3
BVergG 2006 §123 Abs1
BVergG 2006 §123 Abs2
BVergG 2006 §126 Abs1
BVergG 2006 §126 Abs2
BVergG 2006 §127 Abs1
BVergG 2006 §127 Abs3
BVergG 2006 §129 Abs1 Z2
BVergG 2006 §129 Abs1 Z7
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §291
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §312 Abs2
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs2
BVergG 2006 §4
BVergG 2006 §83
BVergG 2006 §98 Abs7

BVergG 2006 §98 Abs8

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §24

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

Spruch

W187 2201480-1/20E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Sabine SACHS, MAS als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der AAAA „[HR1] vertreten durch Huber | Berchtold Rechtsanwälte OG, Getreidemarkt 14, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "5020 Salzburg, Haunspergstr. 77, Musisches Gymnasium Salzburg, Erweiterung und Funktionssanierung, Elektrotechnikanlagen" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Trabrennstraße 2c, 1020 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H. Unternehmensbereich Schulen, Aigner Straße 8, 5020 Salzburg, vom 20. Juli 2018 zu Recht erkannt:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA, das Bundesverwaltungsgericht möge "die angefochtene Ausscheidensentscheidung vom 10.07.2018 für nichtig erklären" gemäß § 129 Abs 1 Z 2 und 7 BVergG ab.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Verfahrensgang

1. Am 20. Juli 2018 beantragte die AAAA „[HR2] vertreten durch Huber | Berchtold Rechtsanwälte OG, Getreidemarkt 14, 1010 Wien, die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung vom 10. Juli 2018 betreffend ihr Angebot, die Einsicht in den Vergabeakt der Auftraggeberin, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Ersatz der Pauschalgebühr. Der Antrag betrifft das Vergabeverfahren "5020 Salzburg, Haunspergstr. 77, Musisches Gymnasium Salzburg, Erweiterung und Funktionssanierung, Elektrotechnikanlagen" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Trabrennstraße 2c, 1020 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H. Unternehmensbereich Schulen, Aigner Straße 8, 5020 Salzburg.

1.1 Nach Darstellung der Voraussetzungen für den Nachprüfungsantrag gibt die Antragstellerin an, dass sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt fühlt. Insbesondere sei in ihren Rechten auf rechtskonforme Anwendung der Ausschreibungsbestimmungen, auf Nicht-Ausscheiden ihres ausschreibungskonformen Angebotes, auf Durchführung einer rechtskonformen Aufklärung mit konkreten Vorhaltungen, auf Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote, auf transparente Verfahrensausgestaltung, sodass "willkürliches" Verhalten bei der Abwicklung des Verfahrens ausgeschlossen wird, auf Zuschlagserteilung sowie im Allgemeinen auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung des Vergabeverfahrens verletzt.

1.2 Als maßgeblichen Sachverhalt und Begründung der Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung führt die Antragstellerin im Wesentlichen an, dass die Auftraggeberin davon ausgehe, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot eine Brandmeldeanlage des Fabrikats "BBBB" angeboten habe und nun das vorgegebene Leitprodukt von CCCC angeboten habe. Eine solche nachträgliche Produktänderung liege nicht vor. Der Geschäftsführer der Antragstellerin habe nur für den Kalkulanten handschriftlich angemerkt, dass seines Erachtens auch ein Produkt von BBBB denkbar wäre. Tatsächlich habe die Antragstellerin das Leitprodukt von CCCC angeboten und habe dafür auch ein Angebot von CCCC eingeholt.

1.3 Es sei auch kein Subunternehmer als Zertifizierungsanbieter notwendig, weil der Lieferant CCCC die Produkte zertifiziere. Dabei handle es sich nicht um eine Subunternehmerleistung. Die angefochtene Ausscheidensentscheidung

sei daher für nichtig zu erklären.

2. Am 25. Juli 2018 erteilte die Auftraggeberin Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Akteneinsicht Stellung.

3. Am 30. Juli 2018 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

4. Am 1. August 2018 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass sich nach dem objektiven Erklärungswert der handschriftlichen Anmerkung im Leistungsverzeichnis eindeutig ergebe, dass die Antragstellerin nicht das Leitsystem "CCCC", sondern das Brandmeldeanlagensystem "BBBB" angeboten habe. Es sei "Korr. DDDD" beigesetzt und mit "10.04.2018" datiert. Hätte die Antragstellerin etwas Anderes anbieten wollen, hätte sie dies vor der Angebotsabgabe ändern müssen. Daran ändere auch das Einholen eines Angebots von CCCC nichts. Aufgrund einer Anfrage vom 4. Juli 2018 habe die Antragstellerin am 5. Juli 2018 angegeben, das Leitprodukt anzubieten. In dem Mail vom 9. Juli 2018 habe die Antragsteller davon gesprochen, das Produkt "BBBB" angeboten zu haben. Die Antragstellerin könne sich nicht entscheiden, welches Produkt sie angeboten habe. Es handle sich um einen unbehebbarer Mangel. Die Brandmeldeanlage sei nach dem Baubescheid des Magistrats der Stadt Salzburg vom 25. August 2017 gemäß TRVB S 123 idgF zu projektieren und auszuführen. Daher müsste die Errichtung durch eine von einer akkreditierten Zertifizierungsstelle gemäß ÖNORM F 3070, Ausgabe 2010, zertifizierte Errichterfirma ausgeführt werden. Die Antragstellerin habe keine Nachweise einer Zertifizierung ihrem Angebot beigelegt und keinen Subunternehmer genannt. Vielmehr versuche sie nun, das Leitprodukt anzubieten. Aus diesen Gründen sei das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Die Auftraggeberin beantragt, den Nachprüfungsantrag ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung ab- bzw zurückzuweisen.

5. Am 10. August 2018 brachte die Antragstellerin eine Replik ein.

5.1 Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin unrichtig dargestellt habe. Die Antragstellerin habe aufgrund der drei ausgefüllten Bieterlücken im Langtext-Leistungsverzeichnis eindeutig das Leitprodukt angeboten. Nach Punkt 4 der Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis seien die angebotenen Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme Vertragsbestandteil und könnten nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Auftraggeberin geändert werden. Die Auftraggeberin hätte daher bei einer vollständigen Angebotsprüfung feststellen müssen, dass die Antragstellerin das Leitprodukt angeboten habe.

5.2 Die Antragstellerin habe am 5. Juli 2018 in Beantwortung des Aufklärungsersuchens vom 4. Juli 2018 klargestellt, dass sie das Leitprodukt angeboten habe. In Beantwortung eines Telefonats am 9. Juli 2018, in dem ein Mitarbeiter der Auftraggeberin behauptet habe, dass die Antragstellerin das Produkt "BBBB" angeboten habe, habe die Antragstellerin mitgeteilt, dass sie auch dieses liefern könne. Die Antragstellerin wäre aber - verleitet durch die unrichtige Darstellung der Auftraggeberin - auch bereit gewesen, ein Produkt des Herstellers BBBB auszuführen. Zu keinem Zeitpunkt habe die Antragstellerin von sich aus das Angebot geändert. Die fehlerhafte (unvollständige) Angebotsprüfung der Auftraggeberin und die daraus gezogenen unrichtigen Schlüsse könnten nicht zu Lasten eines Bieters gehen. Es sei nicht Aufgabe der Bieter, die Angebotsprüfung für den Auftraggeber richtigzustellen und den Auftraggeber von vergaberechtswidrigen Handlungen abzuhalten, es sei denn, dies erfolge im Wege des Rechtsschutzverfahrens.

5.3 Die Auftraggeberin weiche in ihrer Stellungnahme vom 31. Juli 2018 von den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen ab bzw ergänze sie. Es sei in Punkt 3.1 eine Brandmeldeanlage "in Anlehnung an die TRVB S 123" und nicht "gemäß TRVB S 123 idgF" verlangt. Der zitierte Baubescheid des Magistrats der Stadt Salzburg sei der Antragstellerin nicht bekannt und auch nicht den Ausschreibungsunterlagen beigelegt. Die ÖNORM F 3070:2010 sei in der Ausschreibung nicht erwähnt. Die Antragstellerin sei in Zusammenarbeit mit CCCC - wie in der Vergangenheit - im Stande, die Abnahmen zu liefern.

6. Am 23. August 2018 brachte die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme ein. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass sie keine Tatsachen unrichtig darstelle.

6.1 Die Antragstellerin habe nicht das Leitprodukt, sondern ein anderes Produkt angeboten. Sie habe mit ihrem Angebot nicht das Langleistungsverzeichnis abgegeben.

6.2 Die Auftraggeberin habe nicht ausgeführt, dass die Antragstellerin das das abweichende Produkt im Zuge der Angebotsprüfung anbieten habe wollen. Die Antragstellerin bestätige, dass sie im Zuge der Aufklärung das Leitprodukt anstelle des angebotenen abweichenden Produkts habe anbieten und damit ihr Angebot abändern wollen.

6.3 Die Auftraggeberin habe die Ausschreibung nicht geändert. Der Baubescheid sei entsprechend Position 00.13.01C Teil der Ausschreibung, wonach die Brandmeldeanlage gemäß TRVB S 123 zu projektieren und auszuführen sei. Die Antragstellerin müsse als Fachfirma wissen, dass die Bestandteile von Brandmeldeanlagen den in der TRVB 123 vermerkten ÖNORMEN entsprechen müssten, eben auch der ÖNORM F 3070. Die Antragstellerin könne mangels Zertifizierung die Leistung nicht selbst erbringen, weshalb die Nennung eines Subunternehmers zwingend notwendig sei. Die Auftraggeberin hält ihre Anträge aufrecht.

7. Am 27. August 2018 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht. Sie hatte folgenden Verlauf:

"EEEE", Rechtsabteilung der Auftraggeberin: Maßgeblich ist das Angebot in Papierform. Daneben gibt es den Datenträgeraustausch, bei dem das KurzLeistungsverzeichnis und das Bieterlückenverzeichnis elektronisch abzugeben sind. Die Bieter hatten die Wahl, ob sie ein ausgefülltes Langleistungsverzeichnis oder ein KurzLeistungsverzeichnis und ein Bieterlückenverzeichnis abgeben. Die verpflichtende Anerkennung des Langleistungsverzeichnisses findet sich im Angebotsschreiben auf Seite 2, Punkt 3. Es wäre ein Datenträger nach ÖNORM B2063 abzugeben gewesen. Die Antragstellerin hat keinen Datenträger abgegeben, sondern den Download der entsprechenden Dateien angeboten.

DDDD, Geschäftsführer der Antragstellerin: In den Bieterlücken 211100E ist meine Schrift. Die Eintragung "BBBB" war ein Hinweis an den Kalkulanten. Ich war im Zuge der Angebotsprüfung überrascht, dass dieser Beisatz im abgegebenen Angebot eingetragen war.

FFFF, Mitarbeiter der Auftraggeberin: Im Bieterlückenprotokoll im KurzLeistungsverzeichnis finden sich ausschließlich jene Produkte, die der Bieter eingesetzt hat. Das Leitprodukt findet sich dort nicht. Es gab keine Aufforderung, Nachweise für die Gleichwertigkeit des Produktes "BBBB" vorzulegen.

Mag. Sandro HUBER, Rechtsvertreter der Antragsteller: Wenn das Gericht zu dem Schluss kommen sollte, dass das Produkt "BBBB" angeboten wurde, wäre mit der Bezeichnung nicht viel anzufangen gewesen. Die Auftraggeberin hätte eine Prüfung der Gleichwertigkeit durchführen müssen, um zu dem Schluss zu kommen, dass das Leitprodukt angeboten war.

EEEE: Diese Aussage wird bestritten. Der Fachplaner hat das angebotene Produkt in Loop-Technik als gleichwertig anerkannt und zur Aufklärung der Zertifizierung für das angebotene Produkt aufgefordert.

DDDD: Der Kalkulant hat das Produkt "BBBB" verworfen, weil er es nicht für gleichwertig gehalten hat.

EEEE: Dieses Vorbringen wird bestritten. Allein in der zeitlichen Abfolge der Angebotserstellung wurde zuerst die Bieterlücke mit CCCC befüllt und danach innerhalb der Antragstellerin durch den Geschäftsführer geändert, was auch durch "Angeboten" ersichtlich ist."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. vertreten durch die vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. schreibt unter der Bezeichnung "5020 Salzburg, Haunspergstr. 77, Musisches Gymnasium Salzburg, Erweiterung und Funktionssanierung, Elektrotechnikanlagen" einen Bauauftrag mit dem CPV-Code 45311200-2 Elektroinstallationsarbeiten in einem offenen Verfahren nach dem Bestangebotsprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt €

1.085.108,21 ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt € 9.100.000 ohne USt. Die Auftraggeberin veröffentlichte Ausschreibung im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 21. März 2018 online und am 23. März 2018 in der Druckausgabe, beide zur Zahl L-644997-8320 sowie im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 21. März 2018 zur Zahl 2018/S 058-127344, abgesandt am 20. März 2018. Das Ende der Angebotsfrist war der 11. März 2018, 9.00 Uhr. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Die Ausschreibung lautet auszugsweise:

"EINLADUNG ZUR ANGEBOTSABGABE UND ANGEBOTSBESTIMMUNGEN

...

ANGEBOTSBESTIMMUNGEN

...

2. Bieterlücken

Die in Leistungsverzeichnissen namentlich angeführten bestimmten Leitprodukte (Referenzfabrikate, Typen, Erzeugnisse, Systeme oder Materialien) sollen, über die Leistungsbeschreibung hinausgehend, den gewünschten Standard festlegen. Sofern der Positionstext ‚oder gleichwertiger Art‘ enthält, kann der Bieter ein Fabrikat, Type, Erzeugnis, System oder Material seiner Wahl anbieten. Der Bieter hat durch Prüfzeugnisse anerkannter Prüf- und Eichlaboratorien sowie Inspektions- und Zertifizierungsstellen im Sinne des BVergG 2006 die Gleichwertigkeit vollständig nachzuweisen. Wenn die vom Bieter genannten Fabrikate, Typen, Erzeugnisse, Systeme oder Materialien nach erfolgter Aufklärung und sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt gemäß § 106 Abs. 7 BVergG 2006 das ausgeschriebene Leitprodukt nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.

Erfordern die als gleichwertig angebotenen Fabrikate und Typen, Erzeugnisse, Systeme oder Materialien das Ändern von Plänen und/oder ausgeführten Leistungen, so gehen im Falle der Beauftragung die daraus entstehenden Kosten zu Lasten des Bieters.

Setzt ein Bieter bei den entsprechenden Positionen in die hierfür vorgesehenen Zeilen (Bieterlücken) keine Fabrikate und Typen Erzeugnisse, Systeme oder Materialien seiner Wahl ein, so gelten die beispielhaft angeführten Leitprodukte (Referenzfabrikate und Typen) als angeboten.

...

7. Subunternehmer

...

Der Bieter hat in seinem Angebot all jene Subunternehmer anzugeben, an die er Teile des Auftrages weiterzugeben beabsichtigt. ...

...

ANGEBOTSSCHREIBEN

...

3. Ich (Wir) erkläre(n) die Einladung zur Angebotsabgabe und die Angebotsbestimmungen der Einladung zur Angebotsabgabe zu kennen, habe(n) das Angebot nach ihnen erstellt und bin (sind) bereit, die angebotene Leistung zu diesen Bestimmungen zu erbringen. Dies gilt auch für die Einladung zur Angebotsabgabe und die dort erwähnten Beilagen und alle sonstigen Ausschreibungsunterlagen.

Ich (wir) erkläre(n) die vom Auftraggeber erstellte Beschreibung der Leistung anzuerkennen (§ 107 Abs 1 BVergG 2006) und die angebotene Leistung zu den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage zu erbringen.

..."

(Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.3 Das Leistungsverzeichnis lautet auszugsweise:

"...

Ständige Vorbemerkungen der LB

Soweit in Vorbemerkungen oder Positionstexten nicht anders angegeben, gelten folgende Regelung:

...

2. Unklarheiten, Widersprüche:

Bei etwaigen Unklarheiten oder Widersprüchen in den Formulierungen gilt nachstehende Reihenfolge:

1. Folgetext einer Position (vor dem zugehörigen Grundtext)

2. Positionstext (vor den Vorbemerkungen)

3. Vorbemerkungen der Unterleistungsgruppe

4. Vorbemerkungen der Leistungsgruppe

5. Vorbemerkungen der Leistungsbeschreibung

3. Material/Erzeugnis/Type/Systeme:

Bauprodukte (z.B. Baumaterialien, Bauelemente, Bausysteme) werden mit dem Begriff Material bezeichnet, für technische Geräte und Anlagen werden die Begriffe Erzeugnis/Type/Systeme verwendet.

4. Bieterangaben zu Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme:

Die in den Bieterlücken angebotenen Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme entsprechen mindestens den in der Ausschreibung bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Anforderungen.

Angebote Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme gelten für den Fall des Zuschlages als Vertragsbestandteil. Änderungen sind nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Auftraggebers zulässig.

Auf Verlangen des Auftraggebers weist der Bieter die im Leistungsverzeichnis bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Anforderungen vollständig nach (Erfüllung der Mindestqualität).

5. Beispielhaft genannte Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme:

Sind im Leistungsverzeichnis zu einzelnen Positionen zusätzlich beispielhafte Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme angeführt, können in der Bieterlücke gleichwertige Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme angeboten werden. Die Kriterien der Gleichwertigkeit sind in der Position beschrieben.

Setzt der Bieter in die Bieterlücke keine Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme seiner Wahl ein, gelten die beispielhaft genannten Materialien/Erzeugnisse/Typen als angeboten.

6. Zulassungen:

Alle verwendeten Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme haben alle für den projektspezifischen Verwendungszweck erforderlichen Zulassungen oder CE-Kennzeichen.

...

00 Allgemeine Bestimmungen

...

001301B Z Beschreibung der Leistung - Gewerkspezifisch

...

3. Brandschutz

3.1 Brandmeldeanlage:

Eine Brandmeldeanlage wird im gesamten Gebäude in Anlehnung an die TRVB S 123 im Einrichtungsschutz (siehe Brandschutzkonzept) ausgeführt. ...

...

001301C Z Beilagen zur Ausschreibung

Beilagen zur Ausschreibung

Beilagen Allgemein

-

B_A_01 Baubescheid

...

21 Sicherheitstechnik

Soweit in den Vorbemerkungen oder Positionstexten nicht anders angegeben, gelten für alle Leistungen dieser Gruppe folgende Regelungen.

1. Allgemeines

Im Leistungsverzeichnis angegebene technische Spezifikationen sind Mindestanforderungen. Darüber hinausgehend gelieferte Ausführungen werden mit dem angebotenen Preis vergütet.

Die Komponenten/Systeme entsprechen den diesbezüglichen normativen Bestimmungen oder technischen Regeln und sind unter Beachtung der Herstellerangaben montiert und angeschlossen.

Explosionsschutzfähige Komponenten sind im Text mit EX abgekürzt.

2. Leistungsumfang/einkalkulierte Leistungen:

In den Einheitspreis einkalkuliert ist/sind:

- die Einarbeitung der produkt- und montagespezifischen Details in die vom Auftraggeber beigestellten Pläne
- die Inbetriebnahme zur Überprüfung der Funktion und Justierung der Anlage
- die Beschriftung (nicht handschriftlich)
- die Standardfarbgebung durch den Hersteller

2111 Brandmeldeanlage in BUS-Technik

1. Leistungsumfang/einkalkulierte Leistungen:

In den Einheitspreis einkalkuliert ist/sind:

- die Erstellung aller Unterlagen für die Einreichung und Abschlussüberprüfung
- die Programmierung der Anlage aufgrund der Angaben der dem Leistungsverzeichnis beiliegenden Ausführungsdetails
- die Kabelverbindungen bei Anschaltekomponenten in den Zentralen
- die Vernetzungsmodule bei Haupt- und Unterzentralen,
- bei Ansaugrohren für Rauchmeldesysteme das Befestigungsmaterial sowie das Zubehör für Verbindungen und Richtungsänderungen,

2. Materialeigenschaften:

LSOH: Ausführung halogenfrei, im Brandfall raucharm.

211100 Folgende Angaben und Anforderungen an die Art und Weise der Leistungserbringung gelten als vereinbart und sind in die Einheitspreise einkalkuliert.

211100E Erzeugnis/Type zu 21.11 Beispiel AG

Das Verwenden nachstehend angebotener Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen der Unterleistungsgruppe 21.11 wird vereinbart:

Betrifft Position(en): ULG 21.11

Beispielhaftes Erzeugnis/Type: Systemvorgabe: CCCC

Angeboten ist das Beispielhafte oder ein Erzeugnis/Type gleichwertiger Art.

Kriterien der Gleichwertigkeit:

-

Brandmeldeanlage in Loop Technik

Angeboten:

..."

Die Position 211100E findet sich gleichlautend in den Obergruppen OG 01 "Neubau - Dachgeschoss", OG 02 "Funktionssanierung" und OG 03 "Bestandsanierung 1 - Gänge & Stiegenhäuser"

(Leistungsverzeichnis in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.4. Am 11. April 2018, 9.00 Uhr, fand die Angebotsöffnung statt. (Angebots-Eingangsverzeichnis und Niederschrift zur Angebotsöffnung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.55. Dem Angebot der Antragstellerin liegt das Begleitschreiben vom 9. April 2018 bei, das folgenden Text hat:

"Gemäß § 106 (7) Bundesvergabegesetz 2006 erklärt die Bieterin, AAAA „[HR3] dass sämtliche angebotene Produkte gemäß Bieterlücken laut Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit entsprechen.

Sollten dennoch vereinzelte angebotene Produkte von den angeführten Kriterien wesentlich abweichen, erklärt hiermit die Bieterin, die AAAA selbige Produkte wie beispielhaft von der ausschreibenden Stelle im Leistungsverzeichnis angeführt ohne Preisänderung zu liefern."

In einem weiteren Begleitschreiben erkennt die Antragstellerin das Langleistungsverzeichnis vollinhaltlich an.

Die Antragstellerin hat ein ausgedrucktes Kurzleistungsverzeichnis mit dem Bieterlückenprotokoll und kein Langleistungsverzeichnis abgegeben. Im Bieterlückenverzeichnis ist in Position 211100E in der OG 01, der OG 02 und der OG 03 im Feld BL 04 CCCC eingetragen. Handschriftlich ist mit einem Pfeil auf das Wort CCCC "Ausgeschrieben" ergänzt. Nach einem Schrägstrich ist " BBBB " handschriftlich hinzugefügt, wobei mit einem Pfeil auf dieses Wort "Angeboten gem. Bieterlücke" hinzugefügt ist. Daneben steht "korr. DDDD 10.04.2018". (Angebot der Antragstellerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens) Die handschriftlichen Anmerkungen hat der Geschäftsführer der Antragstellerin selbst beigefügt. (Aussage des Geschäftsführers der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung)

1.6. Mit E-Mail vom 4. Juli 2018 ersuchte die ausschreibende Stelle die Antragstellerin um Bekanntgabe, ob sie die Brandmeldeanlage herstelle oder durch einen Subunternehmer erbringen lasse, und die Vorlage einer entsprechenden Zertifizierung. Mit E-Mail vom 5. Juli 2018 teile die Antragstellerin mit, dass sie ein Produkt der Firma CCCC anbiete und diese sämtliche Zertifizierungen besitze. (E-Mails in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.7. Mit Telefax vom 10. Juli 2018 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin folgende Ausscheidensentscheidung mit:

"...

wir bedauern, Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden konnte, da es leider auszuschneiden war.

Gemäß LV-Position 211100E war eine Brandmeldeanlage in BUS-Technik anzubieten. Laut Bieterlückenverzeichnis habe Sie in Ihrem Angebot " BBBB " angeboten.

Gemäß einschlägiger TRVB (Technische Richtlinien Technischer Brandschutz - Brandmeldeanlagen) muss die Errichtung (Planung, Projektierung, Installation und Inbetriebnahme) der Brandmeldeanlage durch eine von einer akkreditierten Zertifizierungsstelle gemäß ÖNORM F 3070, Ausgabe 2010 zertifizierte Errichterfirma durchgeführt werden. Sofern der Auftrag zur Errichtung an eine nicht zertifizierte Firma oder Einzelperson ergeht, muss sich diese nachweisliche (...) einer zertifizierten Firma bedienen.

Ihr Unternehmen verfügt selbst über keine Zertifizierung gemäß ÖNORM F 3070 und Sie haben auch in Ihrem Angebot keinen entsprechenden Subunternehmer für die betreffenden Leitungen genannt, obwohl gemäß Punkt 7. der Angebotsbestimmungen all jene Subunternehmer im Angebot anzugeben waren, an die Teile des Auftrages weiterzugeben beabsichtigt sind.

Nach Rückfrage des Büros Pürcher haben Sie a, 05.07.2018 mitgeteilt, dass die Firma CCCC Ihre „Zulieferfirma“ für das ausgeschriebene Leitfabrikat ist.

Darin liegt einerseits eine nachträgliche Produktänderung (von BBBB auf das Leitfabrikat CCCC), andererseits eine nachträgliche Subunternehmerbekanntgabe, was beides im offenen Verfahren aufgrund des strikten Verhandlungsverbotes gemäß ständiger Rechtsprechung unzulässig ist (siehe z.B. BVA 17.11.2009, N/0108-BVA/07/2007-21).

Daran vermag auch Ihr Email vom 09.07.2018 nichts ändern, in dem Sie nunmehr erklären, doch das ursprünglich

angebotene Produkt BBBB liefern zu können. Entgegen Ihrer Ansicht handelt es sich bei der Ausführung der Brandmeldeanlage (Planung, Projektierung, Installation, Inbetriebnahme etc.) auch nicht um eine reine Lieferleistung, sondern um bauausführende Maßnahmen durch einen Erfüllungsgehilfen. Unabhängig davon macht bereits die Notwendigkeit der Zertifizierung gemäß ÖNORM F 3070, die Ihr Unternehmen selbst nicht vorweisen kann, die Nennung eines Subunternehmers erforderlich.

Das Angebot Ihres Unternehmens war daher mangels Eignung (fehlender Zertifizierung) sowie wegen nachträglicher unzulässiger Angebotsänderung gemäß § 129 Abs 1 BVergG 2006 zwingend auszuscheiden.

..."

(Ausscheidensentscheidung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.8. Die Auftraggeberin hat weder den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. (Stellungnahme der Auftraggeberin)

1.9. Die Antragstellerin bezahlte €3.078 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher 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. Auskünfte der Antragstellerin betreffen ebenso ausschließlich mit der Auftraggeberin gemeinsame Dokumente.

2.2 Die Aussage zur Herkunft der handschriftlichen Anmerkungen am Angebot der Antragstellerin hat der Geschäftsführer der Antragstellerin gemacht, der zugestanden hat, dass er sie selbst gemacht hat. Damit sind auch in diesem Punkt der Feststellungen keine Zweifel an der Echtheit und Richtigkeit entstanden.

2.3 Ob die Antragstellerin beabsichtigt hat, das Angebot in der abgegebenen Fassung abzugeben oder die mit Anmerkungen versehene Fassung nur als interner Arbeitsbehelf gedacht war, kann dahinstehen, weil aufgrund der Lochungen am Angebot feststeht, dass dieses Angebot bei der Auftraggeberin abgegeben wurde.

2.4 Die Echtheit und Richtigkeit von herangezogenen Unterlagen hat keine der Verfahrensparteien bestritten. 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 Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes - BVwGG, BGBl I 2013/10 lauten:

"Einzelrichter

§ 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 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2018/57, lauten:

"Anwendungsbereich

§ 1. 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.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 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.

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

(3) ..."

3.1.3 Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018), BGBl I 2018/56 idgF lauten:

"Inkrafttretens-, Außerkrafttretens- und Übergangsvorschriften

§ 376. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit Ausnahme der Einträge im Inhaltsverzeichnis zu den §§ 62, 66, 232, 237, 367 und 368 und der §§ 54 Abs. 2, 62 samt Überschrift, 66 samt Überschrift, 223 Abs. 2, 232 samt Überschrift, 237 samt Überschrift, 367 samt Überschrift, 368 samt Überschrift und des 2. Abschnittes von Anhang VIII samt Überschrift mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft. Zugleich tritt das Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, außer Kraft.

(2) ...

(4) Für das Inkrafttreten der durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 65/2018 neu gefassten Bestimmungen gilt Folgendes: Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Abs. 1 und 2 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Abs. 1 und 2 beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren sind vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt gemäß Abs. 1 und 2 bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage."

3.1.4 Zu Bestimmungen gemäß § 58 Abs 2 VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG 2006, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVergG 2006 vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl I 2006/17 idF BGBl II 2016/7 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.

(2) ...

Subunternehmerleistungen

§ 83. (1) Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

(2) Der Bieter hat alle Teile des Auftrages, die er im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, sowie die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben. Abweichend davon kann der Auftraggeber aus sachlichen Gründen in den Ausschreibungsunterlagen festlegen, dass nur die von ihm festgelegten wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, sowie die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben sind.

(3) Die Weitergabe des gesamten Auftrages oder von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche

Zuverlässigkeit besitzt. Die Subunternehmer können ihre erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit nach Maßgabe des § 70 Abs. 2 bis 4 nachweisen.

(4) ...

Technische Spezifikationen

§ 98. (1) ...

(7) Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmer oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Solche Verweise sind ausnahmslos mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen.

(8) Erfolgt ausnahmsweise die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz „oder gleichwertig“, sind in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses nach der entsprechenden Position vom Bieter Angaben über Fabrikat und Type der von ihm gewählten gleichwertigen Produkte und, sofern gefordert, sonstige diese Produkte betreffende Angaben zu verlangen. Die maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit sind in der Beschreibung der Leistung anzugeben.

...

Ablauf des offenen Verfahrens

§ 101. (1) Offene Verfahren sind in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den §§ 46, 50 bis 52 und 55 bekannt zu machen.

(2) ...

(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.

(2) Sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich anderes festgelegt wird, ist das Angebot mit sämtlichen dazugehörigen Unterlagen (zB Prüfsertifikate) in deutscher Sprache und in Euro zu erstellen.

(3) ...

(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.

(8) ...

Form der Angebote

§ 107. (1) ...

(4) Angebote müssen so ausgefertigt sein, dass Veränderungen (wie ein Verwischen oder Entfernen der Schrift oder des Druckes) bemerkbar oder nachweisbar wären. Korrekturen von Bieterangaben müssen eindeutig und klar sein und so durchgeführt werden, dass zweifelsfrei feststeht, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt ist. Sie

müssen unter Angabe des Datums durch rechtsgültige Unterschrift bestätigt werden.

Inhalt der Angebote

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

1. ...

2. Bekanntgabe aller Subunternehmer, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt, unter Beilage des Nachweises, dass der Bieter über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und der Auftraggeber die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Bekanntgabe aller Teile des Auftrages, die durch Subunternehmer ausgeführt werden sollen, oder - sofern der Auftraggeber dies aus sachlichen Gründen in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt;

2a. die entsprechenden Verpflichtungserklärungen gemäß § 83 Abs. 5;

3. ...

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

7. ...

Vorgehen bei der Prüfung

§ 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;

2. nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;

3. ...

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.

(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.

(3) ...

Aufklärungsgespräche und Erörterungen

§ 127. (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.

(2) ...

(3) Aufklärungsgespräche und Erörterungen sind kommissionell zu führen. Gründe und Ergebnisse sind in einer Niederschrift festzuhalten.

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:

1. ...

2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

3. ...

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. ...

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.

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.

(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.

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

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

2. zur Nichtigklärung 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

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) ..."

3.2 Formale Voraussetzungen

3.2.1 Maßgebliche Rechtslage

3.2.1.1 Am 21. August 2018 trat das BVergG 2018 nach seinem § 376 Abs 1 in Kraft und das BVergG 2006 zu diesem Zeitpunkt außer Kraft.

3.2.1.2 Nach § 376 Abs 4 BVergG 2018 sind Vergabeverfahren, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2018 eingeleitet waren, nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Da das gegenständliche Vergabeverfahren durch die Absendung der Bekanntmachung am 20. März 2018 eingeleitet wurde, ist es nach der zu diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage, dem BVergG 2006, zu Ende zu führen und zu beurteilen.

3.2.1.3 Nach § 376 Abs 4 BVergG 2018 sind Nachprüfungsverfahren, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2018 beim Bundesverwaltungsgericht anhängig waren, nach der nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Dies ist aufgrund der Einleitung des Vergabeverfahrens am 20. März 2018 ebenfalls das BVergG 2006.

3.2.2 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

3.2.2.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG 2006 ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Die Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H. ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 (st Rspr, zB BVwG 19. 9. 2016, W187 2132520-2/25E; 26. 9. 2016, W149 2135160-1/5E1; 3. 10. 2016, W123 2133597-2/24E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG 2006. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG 2006, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG 2006 ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, auch wenn der Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses unterhalb des Schwellenwerts liegt.

3.2.2.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG 2006. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG 2006 iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben.

3.2.2.3 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 2006 zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

3.2.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

3.2.2.1 Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in § 322 Abs 1 BVergG 2006 geforderten Inhalte.

3.2.2.2 Es liegt kein Grund gemäß § 322 Abs 2 BVergG 2006 für die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags BVergG vor. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 zulässig ist.

3.3 Zu Spruchpunkt A) - Inhaltliche Beurteilung des Nachprüfungsantrags

3.3.1 Vorbemerkungen

3.3.1.1 Die Antragstellerin beantr

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at