

# TE Bvwg Erkenntnis 2020/9/2 W187 2233221-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.09.2020

## Entscheidungsdatum

02.09.2020

## Norm

BVergG 2018 §125  
BVergG 2018 §141 Abs1 Z7  
BVergG 2018 §2 Z5  
BVergG 2018 §20 Abs1  
BVergG 2018 §327  
BVergG 2018 §328 Abs1  
BVergG 2018 §333  
BVergG 2018 §334 Abs2  
BVergG 2018 §342  
BVergG 2018 §344 Abs1  
BVergG 2018 §4 Abs1 Z2  
BVergG 2018 §5  
B-VG Art133 Abs4  
VwGVG §24 Abs1  
VwGVG §28 Abs1  
VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W187 2233221-2/27E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Mag. Wolfgang POINTNER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der AAAA , vertreten durch die Hule? Bachmayr-Heyda?Nordberg Rechtsanwälte GmbH, Franz-Josefs-Kai 47, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren „Baumeisterarbeiten Sanierung Hohenstaufengasse 9, 1010 Wien“ der Auftraggeberin ARE Austrian Real Estate GmbH, Trabrennstraße 2c, 1020 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Trabrennstraße 2c, 1020 Wien, vom 21. Juli 2020 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 25. August 2020 zu Recht erkannt:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA , das Bundesverwaltungsgericht möge „die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 13.07.2020 über das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin für nichtig erklären“, ab.

B)

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

## Text

### Entscheidungsgründe

#### I. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 21. Juli 2020 beantragte die AAAA , vertreten durch die Hule?Bachmayr-Heyda?Nordberg Rechtsanwälte GmbH, Franz-Josefs-Kai 47, 1010 Wien, in der Folge Antragstellerin, den Auftrag zur Vorlage des gesamten Vergabeaktes an die Auftraggeberin, die Akteneinsicht, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und den Ersatz der Pauschalgebühr sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wiedergegeben. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren „Baumeisterarbeiten Sanierung Hohenstaufengasse 9, 1010 Wien“ der Auftraggeberin ARE Austrian Real Estate GmbH, Trabrennstraße 2c, 1020 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Trabrennstraße 2c, 1020 Wien.

1.1 Nach der Bezeichnung des Vergabeverfahrens, Darstellung des Sachverhalts, Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung, der Auftraggeberin, Ausführungen zur Rechtzeitigkeit und der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts behauptet die Antragstellerin das Interesse am Vertragsabschluss durch Abwickeln von über 100 Aufträgen für die Auftraggeberin in den letzten zehn Jahren und Legen des besten Angebots. Sie nennt als drohenden Schaden den Entgang eines Deckungsbeitrags, entgangene zeitgebundene Baustellengemeinkosten, Entgang eines wichtigen Referenzprojekts, die Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung und frustrierte Kosten für die Angebotserstellung. Sie erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen, vergabekonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, des freien und lauten Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung aller Bieter, in ihrem Recht auf vergabekonforme Prüfung des Angebotes und in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als Bestbieter verletzt.

1.2 Die Antragstellerin führt zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin davon ausgehe, dass sie zu Unrecht die in Punkt 7.3 und 8 vorgesehenen fett umrandeten Felder des Angebotsschreibens nicht ausgefüllt habe und dies einen unbehebbarer Mangel begründe. In Punkt 7.2 des Angebotsschreibens sei vorgegeben, dass jeder Bieter die Kalkulation durch Vorlage der Kalkulationsformblätter K3-Blatt, K4-Blatt, K6-Blatt und K7-Blatt belegen könne. Punkt 7.3 des Angebotsschreibens verlange die Angabe von Bruttomittelohn, Gesamtzuschlag auf den Bruttomittelohn, Bruttomittelohnpreis und Gesamtzuschlag auf die Bruttostoffkosten. Die Antragstellerin habe das K3-Blatt abgegeben, worin sie diese Kalkulationsangaben gemacht habe. Sie habe daher ihre Kalkulationsangaben offen gelegt.

1.3 In Punkt 8 des Angebotsschreibens lege die Auftraggeberin fest, dass jeder Bieter die Zuschläge auf kollektivvertragliche Stundelöhne und auf Stoffkosten für angehängte Regieleistungen bekannt geben müsse, wenn im Leistungsverzeichnis keine Preise vorgesehen seien. Für beide abgefragte Zuschläge sehe das Leistungsverzeichnis Preise vor. Daher bestehe keine Verpflichtung die fett umrandeten Felder in Punkt 8 des Angebotsschreibens auszufüllen. Das unterbliebene Ausfüllen der beiden Zuschläge stelle daher keinen Mangel dar. Die Vorgangsweise der Antragstellerin, die fett umrandeten Felder in Punkt 7.3 und 8 des Angebotsschreibens nicht auszufüllen, sei vergaberechtskonform und entspreche der jahrelangen Praxis bei Ausschreibungen der Auftraggeberin.

2. Am 23. Juli 2020 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte, kündigte die Vorlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens an, nahm zum Umfang der Akteneinsicht und zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung, worin sie ausführt, dass sie die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung am selben Tag wie die angefochtene Ausscheidensentscheidung bereits zurückgenommen und bisher keine neue Zuschlagsentscheidung getroffen habe. Die Erteilung des Zuschlages stehe nicht unmittelbar bevor, weshalb keine Schädigung von Interessen der Antragstellerin drohe. Die Auftraggeberin beantragt daher, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

3. Am 24. Juli 2020 übermittelte die Auftraggeberin ein Ersuchen der Antragstellerin um Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an letztere und ihre abschlägige Antwort.
4. Mit E-Mail vom 24. Juli 2020 übermittelte die Auftraggeberin dem Bundesverwaltungsgericht die Zugangsdaten zum elektronischen Vergabeakt.
5. Mit Schreiben vom 24. Juli 2020 übermittelte die Auftraggeberin dem Bundesverwaltungsgericht den nicht im elektronischen Vergabeakt enthaltenen Prüfbericht der Angebote.
6. Am 28. Juli 2020 nahm die Auftraggeberin Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass Punkt 7.2 des Angebotsschreibens alle anderen Gewerke außer Baumeisterarbeiten betreffe. Die Regelung für Baumeisterarbeiten finde sich in Punkt 7.1 des Angebotsschreibens und verlange die Abgabe von K7-Blättern für alle wesentlichen Positionen. Dort sei lediglich gefordert, dass der Bieter die Kalkulation durch Vorlage von Kalkulationsformblättern, insbesondere K3-, K4-, K6- und K7-Blättern belegen und diese nach Aufforderung unverzüglich übermitteln könne. Die Antragstellerin habe es unterlassen, zumindest für die neun, als wesentlich gekennzeichneten Positionen das K7-Blatt vorzulegen. Schon aus diesem Grund liege unvollständiges und den Angebotsbestimmungen widersprechendes Angebot vor und es sei auszuschneiden gewesen. Das Nichtausfüllen der stark umrandeten Felder in den Punkten 7.3 und 8 des Angebotsschreibens widerspreche auch den Positionen 00.1104 und 00.1104A des Leistungsverzeichnisses. Sämtliche Bieter außer der Antragstellerin hätten diese Felder ausgefüllt. Die langjährige Praxis führe nicht zur Zulässigkeit des Angebots. Die Auftraggeberin beantragt, das Bundesverwaltungsgericht möge sämtliche Anträge der Antragstellerin ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung ab- bzw zurückweisen.
7. Am 28. Juli 2020 wies das Bundesverwaltungsgericht zur Zahl W187 2233221-1/3E den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab.
8. Mit Schriftsatz vom 3. August 2020 äußerte sich die Antragstellerin. Darin bringt sie im Wesentlichen vor, dass nach Punkt 7.1 des Angebotsschreibens jeder Bieter bestätige, dass er seine Kalkulation durch Vorlage der entsprechenden Kalkulationsformblätter belegen könne. Die Nichtvorlage der Kalkulationsformblätter K7 für wesentliche Positionen stelle keinen unbehebbarer Mangel dar. Die Auftraggeberin habe diesen Umstand weder gerügt noch als Ausscheidensgrund herangezogen. Die Auftraggeberin habe bereits vor Bestandskraft der Ausscheidensentscheidung die Zuschlagsentscheidung an alle anderen Bieter versandt. Nur 1,7 % der Positionen im Leistungsverzeichnis seien als wesentlich gekennzeichnet und machten insgesamt € 88.779,66 aus. Die Antragstellerin habe alle Positionen unter Heranziehung der entsprechenden Kalkulationsformblätter K3, K4, K6 und K7 kalkuliert und diese seien bereits bei Angebotsabgabe vorgelegen. Aufgrund der Festlegungen in den Punkten 7.1 und 7.2 des Angebotsschreibens habe die Auftraggeberin davon ausgehen müssen, dass die Kalkulationsformblätter bereits vorgelegen seien. Das Unterbleiben der Vorlage der Kalkulationsformblätter K7 für die wesentlichen Positionen sei auf ein Versehen aufgrund der COVID-19 Epidemie zurückzuführen. Die Antragstellerin verwende diese Kalkulationsformblätter bei öffentlichen und privaten Ausschreibungen. Eine Änderung des Einheitspreises sei nicht möglich. Eine detaillierte Herleitung des Einheitspreises sei aufgrund des K7-Blattes nicht möglich. Es bedürfe dazu auch der Ergebnisse aus den K3-, K4-, K5- und K6-Blättern. Die Nichtvorlage der K7-Blätter in den wesentlichen Positionen verbessere die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin nicht und sei daher ein behebbarer Mangel. Es bestehe ein Widerspruch der Ausschreibung in Position 01.0104 Z, die eine Aufgliederung der Kalkulation der Baustellengemeinkosten erst über Aufforderung der Auftraggeberin verlange. Eine solche sei nicht erfolgt. Die Auftraggeberin hätte die Antragstellerin auffordern müssen, die K7-Blätter für die wesentlichen Positionen des Leistungsverzeichnisses vorzulegen. Ein sofortiges Ausscheiden ohne Möglichkeit zur Mängelbehebung sei unzulässig. Im Gegensatz zu der von der Auftraggeberin zitierten Entscheidung, bei der Bieter gar keine Informationen abgegeben habe, habe die Antragstellerin die gefragten Informationen durch Abgabe eines K3-Blattes gegeben. Der Sinn und Zweck der Ausschreibung sei erfüllt. Daher sei die Auftraggeberin nicht berechtigt, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Die Antragstellerin hält ihre Anträge vollinhaltlich aufrecht.
9. Am 13. August 2020 nahm die Auftraggeberin Stellung.
  - 9.1 Aufgrund der bestandsfesten Ausschreibung seien die K7-Blätter für die wesentlichen Positionen gemeinsam mit dem Angebot vorzulegen gewesen. Dies könne die Antragstellerin nicht mehr nachholen. Es sei bereits mit den in der Mitteilung des Ausscheidens genannten Gründen die unbehebbarer Mangelhaftigkeit des Angebots vorgelegen. Die Vergabekontrollbehörde sei befugt, auch auf solche Gründe für das Ausscheiden eines Angebots Bedacht zu nehmen,

die in der Ausscheidensentscheidung nicht genannt seien. Bei den zwei Berichtigungen der Ausschreibung sei es jeweils nur zu einer Verlängerung der Angebotsfrist gekommen. In Position 01.0104 Z des Leistungsverzeichnisses werde ausdrücklich nur auf nicht als wesentlich gekennzeichnete Positionen Bezug genommen.

9.2 Punkt 8 des Angebotsschreibens betreffe Regieleistungen, die explizit nicht im K3-Blatt ausgefüllt seien. Dort sei der Mittellohnpreis ausgefüllt. Im Leistungsverzeichnis seien in Leistungsgruppe 20 Regieleistungen für die Beschäftigungsgruppen II und IV, nicht jedoch für die Beschäftigungsgruppen I, III, V, VI und VII des Kollektivvertrags auszureisen. Die Leistungsbeschreibung basiere auf der Leistungsbeschreibung Hochbau herausgegeben von Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort. In der Leistungsgruppe 20 seien nicht alle Positionen für Regieleistungen in die gegenständliche Ausschreibung übernommen worden. Daher könnten nicht Preise für alle kollektivvertraglichen Stundelöhne im Leistungsverzeichnis enthalten sein. Die Antragstellerin kenne sicherlich den Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe Stand 1. Mai 2020, den sie ihrem K3-Blatt zugrunde gelegt habe. Die Ausgestaltung des Punktes 8 des Angebotsschreibens stehe vor dem Hintergrund der ÖNORM B 2110. Nach Punkt 8.2.6.2 ÖNORM B 2110 seien Regieleistungen von Lohnempfängern nach den vereinbarten Preisen für die Arbeitsstunde in der jeweiligen Beschäftigungsgruppe abzurechnen. Es sei die Beschäftigungsgruppe heranzuziehen, die der erbrachten Regieleistung entspreche. Die Angaben zur Kalkulation in den Punkten 7.3 und 8 seien entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin nicht in dem K3-Blatt enthalten. Es fehlten Preisangaben. Die Auftraggeberin beantragt, das Bundesverwaltungsgericht möge sämtliche Anträge der Antragstellerin ab- bzw zurückweisen.

10. Am 21. August 2020 erstattete die Antragstellerin eine Gegenstellungnahme. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin von ihrer langjährig geübten Praxis abweiche und nennt elf Vergabeverfahren der Auftraggeberin, in denen die Antragstellerin mit dem Angebot K7-Blätter abgegeben habe oder die fett umrandeten Felder in den Punkten 7.3 und des Angebotsschreibens ausgefüllt habe. Die Antragstellerin habe in all diesen Ausschreibungen den Zuschlag erhalten. Es sei nicht nachvollziehbar, warum die Auftraggeberin von dieser Praxis nun abweiche. Die Antragstellerin verwende die Kalkulationsformblätter, um das Angebot zu kalkulieren und habe das K3-Blatt gleich mit dem Angebot abgegeben. Die Kalkulationsformblätter bildeten die kalkulatorischen Annahmen des Bieters ab und böten keine Sicherheit, dass die Kosten tatsächlich in dieser Höhe anfielen. Es werde nachgewiesen, dass der Bieter den Angebotspreis sorgsam und auf einer nachvollziehbaren Basis kalkuliert habe. Sie dienten auch als Grundlage für allfällige Nachforderungen. Das VG Wien habe trotz anderslautender Vorgaben in der Ausschreibung das Fehlen von K7-Blättern als behebbaren Mangel beurteilt. Die Auftraggeberin hätte die Antragstellerin zur Vorlage der K7-Blätter für die wesentlichen Positionen auffordern müssen. Die Auftraggeberin sei von den Vorgaben in Leistungsgruppe abgewichen und habe Vorarbeiter und Facharbeiter als Facharbeiter zusammengefasst. Auf die Differenzierung in der Leistungsbeschreibung Hochbau habe sie bewusst nicht Bedacht genommen. Die Abgeltung von Regieleistung erfolge so, dass nur die Stundesätze jener Beschäftigungsgruppe verrechnet würden, die für die jeweilige Regieleistung ausreiche. Ausgehend von Grundsatz der vollständigen Leistungsbeschreibung habe die Antragstellerin davon ausgehen können, dass die Auftraggeberin alle für den gegenständlichen Auftrag in Frage kommenden Regieleistungen erfasst habe. Bei Regieleistungen handle es sich um von der Auftraggeberin angeordnete zusätzliche Leistungen. Der Auftragnehmer bekomme nur die Geräte- und Lohnkosten sowie die Zuschläge auf die Materialkosten, nicht jedoch Baustellen- oder sonstige Gemeinkosten vergütet. Aufgrund des vorgegebenen Mengengerüsts seien nur sehr geringe Regieleistungen zu erwarten. Die Antragstellerin setze Personal der Beschäftigungsgruppen I, VI oder VII nicht ein. Das K3-Blatt bilde aufgrund des Durchschnitts die geplante Partie ab. Der Zuschlag für Regieleistungen sei im K3R-Blatt für jede Lohngruppe gesondert zu kalkulieren. Die Leistungsbeschreibung Hochbau kenne acht verschiedene Positionen für Personal gemäß dem Kollektivvertrag. Der Kollektivvertrag kenne zehn verschiedene Beschäftigungsgruppen. Die Auftraggeberin habe Hilfsarbeiter, zusammengefasst Facharbeiter und Polier bei den Regieleistungen unterschieden. Aufgrund der Vorgaben der K3R-Blätter sei es gar nicht möglich, einen einheitlichen Zuschlag für Regieleistungen anzugeben. Die Angabe eines einheitlichen Zuschlags wie in Punkt 8 des Angebotsschreibens sei nicht ÖNORM-gerecht. Ein einheitlicher Aufschlag wäre falsch gewesen. Die Antragstellerin habe die angebotenen Positionen auf Basis einer ÖNORM-gerechten Kalkulation kalkuliert und angeboten. Aufgrund des ausgeschriebenen Mengengerüsts und der Verhältnisse vor Ort gehe die Antragstellerin davon aus, dass angehängte Regieleistungen, die von Mitarbeitern der Beschäftigungsgruppe III oder V auszuführen gewesen seien, nicht anfallen würden. Die Abweichung einer Kalkulation unter Annahme der Beschäftigung von Mitarbeitern der Beschäftigungsgruppen II oder V betrage gerade einmal rund 0,19 % und sei

irrelevant. Selbst wenn die Antragstellerin den Zuschlag auf den kollektivvertraglichen Stundenlohn für Beschäftigte jener Beschäftigungsgruppen nicht mitgeteilt hätte, wäre dies kein Grund, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Die Antragstellerin hält ihre Anträge aufrecht.

11. Am 25. August 2020 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Sie hatte folgenden Verlauf:

BBBB, Mitarbeiter der Auftraggeberin: Zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 21. August 2020 ist auszuführen, dass es sich um ganz andere Ausschreibungsgegenstände handelt, bei denen auch andere Unterlagen vorzulegen waren. Sie sind mit der gegenständlichen Ausschreibung größtenteils nicht vergleichbar.

Dr. NORDBERG, Rechtsanwalt, Rechtsvertreter der Antragstellerin: Zu Punkt 8. des Angebotsschreibens ist anzumerken, dass sich der objektive Erklärungsinhalt gemäß § 914 ABGB nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus dem Verhalten der AG ergibt.

Dr. NORDBERG legt das Angebotsschreiben einer anderen Ausschreibung der Auftraggeberin mit einem Ende der Angebotsfrist vom 2. Juni 2020 vor, bei der die Antragstellerin den Zuschlag erhalten hat, obwohl sie Punkt 8 des Angebotsschreibens nichts ausgefüllt hat und dieser Punkt gleichlautend mit der gegenständlichen Ausschreibung ist.

BBBB: Ohne das Leistungsverzeichnis zu kennen, kann ich zu der vorgelegten Ausschreibung nichts sagen. Verfahrensgegenständlich ist jedoch die gegenständliche Ausschreibung. Das Angebotsschreiben ist eine Standardunterlage, die bei Bedarf an das jeweilige Projekt angepasst wird.

Die Punkte im Angebotsschreiben sind einerseits eine Zusammenfassung des K3-Blattes, unterscheiden sich aber davon. Im Angebotsschreiben wird zwischen dem Gewerk „Baumeister“ und allen anderen Gewerken unterschieden. Die Auftraggeberin will die grundsätzlichen Ansätze der Kalkulation schon mit der Angebotsabgabe wissen. Die übrigen K-Blätter holt sich die Auftraggeberin im Zuge der Angebotsprüfung, wenn erforderlich. Sie hätte gerne die Kalkulationsansätze schon mit dem Angebot, um eine nachträgliche Neukalkulation zu verhindern, die für wesentliche Positionen abzugebenden K7-Blätter müssen mit diesen Ansätzen übereinstimmen.

Dr. NORDBERG: Zu Punkt 8 ist anzumerken, dass der Zuschlag auf Stoffkosten in Position 20.15 des Leistungsverzeichnisses anzubieten war und daher nicht in Punkt 8 auszuführen.

BBBB: Hintergrund von W-Positionen und der Abgabe von K7-Blättern ist das gemäß BVergG die Positionen jedenfalls direkt einer vertieften Angebotsprüfung zugeführt werden können. Hierfür benötigt die Auftraggeberin bereits mit dem Angebot die Ansätze in den jeweiligen K7-Blättern der jeweiligen W-Position.

Dr. NORDBERG: Die K7-Blätter für die neun W-Positionen lagen bei der Abgabe des Angebots vor. Diese sind kalkuliert worden. Man muss sagen, dass es durch die COVID19 bedingten Einschränkungen, wie beispielsweise Kurzarbeit, einfach durch ein Versehen geschehen ist, dass die K7-Blätter nicht gleich mit dem Angebot vorgelegt worden sind. Über Aufforderung durch die Auftraggeberin mit der ja auf Grund der Bestimmung 7.1. jederzeit und kurzfristig zu rechnen war, hätte die Antragstellerin diese K7-Blätter jederzeit vorlegen können.

Zu Ziffer 8: Nachdem bei dem konkreten Auftrag nicht davon auszugehen war, dass die im Baukollektivvertrag unter der Bestimmungsgruppe III. genannten Mitarbeiter, wie beispielsweise Hilfskoch, Kesselmann, Spritzer, usw., zum Einsatz kommen und es nach dem Verständnis der Antragstellerin der Auftraggeberin nicht daran gelegen war, bloß theoretische Löhne oder Zuschläge abzufragen, hat sich die Antragstellerin darauf beschränkt, die von der Auftraggeberin im Leistungsverzeichnis in der Position 20 abgefragten Beschäftigten auszureisen und anzubieten.

BBBB: Bei der Beschäftigungsgruppe III, angelernte Bauarbeiter sind jedenfalls Eisenbieger, Gerüster und Schaler enthalten. Diese könnten im gegenständlichen Bauvorhaben eingesetzt werden.

Die Parteien bringen nichts mehr vor.

Der vorsitzende Richter erklärt gemäß § 39 Abs 3 AVG iVm § 333 BVergG das Ermittlungsverfahren wegen Entscheidungsreife für geschlossen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die ARE Austrian Real Estate GmbH schreibt unter der Bezeichnung „Baumeisterarbeiten Sanierung

Hohenstaufengasse 9, 1010 Wien“ einen Bauauftrag mit dem CPV-Code 45210000-2 – Bauleistungen im Hochbau in einem offenen Verfahren nach dem Bestangebotsprinzip aus. Der gegenständliche Auftrag ist ein Los eines gesamten Auftrags. Sowohl der geschätzte Auftragswert des Gesamtauftrags als auch des gegenständlichen Loses liegen unterhalb des Schwellenwerts. Vergebende Stelle ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Die Auftraggeberin veröffentlichte die Ausschreibung am 20. Mai 2020, Berichtigungen am 29. Mai 2020, 18. Juni 2020 und 23. Juni 2020. Die Auftraggeberin beantwortete Fragen von Bietern am 10. und 18. Juni 2020. Das Ende der Angebotsfrist war der 29. Juni 2020. (Auskünfte der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Die Ausschreibung lautet wie folgt:

„...“

#### ANGEBOTSSCHREIBEN

...

7. Die Einheits- und Pauschalpreise sind gemäß ÖNORM B 2061 zu ermitteln.

7.1. Für das Gewerk Baumeister gilt Folgendes:

Ich (wir) erkläre(n) ausdrücklich, dass ich (wir) meine (unsere) Kalkulation durch Vorlage der entsprechenden Kalkulationsformblätter (K-Blätter), insbesondere K3, K4 und K6- und K7 Blätter belege(n) kann und diese nach Aufforderung unverzüglich übermitteln kann.

Für die im Leistungsverzeichnis als wesentliche Positionen (W-Positionen) gekennzeichneten Positionen sind die entsprechenden Kalkulationsformblätter K7 bereits mit dem Angebot abzugeben.

7.2. Für alle übrigen Gewerke gilt Folgendes:

Ich (wir) erkläre(n) ausdrücklich, dass ich (wir) meine (unsere) Kalkulation durch Vorlage folgender Kalkulationsformblätter (K-Blätter) belege(n) kann und diese nach Aufforderung unverzüglich übermitteln kann:

? K3\* ? K4\* ? K6\* ? K7\*

\*) Zutreffendes vom Ausschreibenden anzukreuzen

Anmerkung:

Sofern keine Festlegung hierzu erfolgt ist, gilt ausschließlich Punkt 7 und 7.3.

7.3. Ich (wir) geben zur Kalkulation folgendes bekannt: (von sämtlichen Gewerken anzugeben!)

Anteil Lohn

EURO

Bruttomittelohn (kollektivvertragliche Löhne und allfällige überkollektivvertragliche Mehrlöhne, allfällige Aufzahlungen für Mehrarbeit und Erschwernisse sowie aller Sondererstattungen, zuzüglich der lohngebundenen Kosten)

Gesamtzuschlag (Geschäftsgemeinkosten, sonstige Gemeinkosten, Bauzinsen, Wagnis, Gewinn)

%

Bruttomittelohnpreis

Anteil Sonstiges

Gesamtzuschlag auf die Bruttostoffkosten

%

8. Für angehängte Regieleistungen werden, soweit hierfür im Leistungsverzeichnis keine Preise vorgesehen sind, verrechnet:

die kollektivvertraglichen Stundenlöhne mit einem Zuschlag von

%

die Stoffkosten mit einem Zuschlag von

%

Im Zuschlag auf die kollektivvertraglichen Stundenlöhne sind sämtliche Kosten- und Preiskomponenten gemäß ÖNORM B 2061 enthalten.

Im Zuschlag auf die Stoffkosten sind die Geschäftsgemeinkosten, Baustellengemeinkosten, die auf den Anteil Sonstiges umgelegt wurden, Bauzinsen, Wagnis und Gewinn enthalten.

...

## LEISTUNGSVERZEICHNIS

...

### 00 Allgemeine Bestimmungen

...

#### 00.11 Angebotsbestimmungen

...

##### 00.1104

Ein Angebot gilt unbeschadet etwaiger Vorschriften in Gesetzen und Verordnungen, oder etwaiger Bestimmungen in der ÖNORM als vollständig, wenn es folgende Angaben und Unterlagen enthält:

##### 00.1104A Vollständigkeit des Angebotes

Angaben des Bieters in allen vom Ausschreiber vorgesehenen Preisfeldern im Leistungsverzeichnis und in etwaigen beigeschlossenen Formularen, sowie sonstige in der Ausschreibung verlangte Nachweise und Beilagen zum Angebot.

...

#### 01.01 Z Wählbare Vorbemerkungen

...

##### 01.0104 Z

Der Bieter weist die Preisbildung der angegebenen Positionen durch eine detaillierte Aufgliederung der Preiskomponenten gemäß ÖNORM B 2061 nach (K-7 Blatt beziehungsweise K-6 Blatt).

##### 01.0104A Z Kalk-Aufglied.Baust-gemeinkosten

Auf Anforderung des Auftraggebers, für alle Positionen der Leistungsgruppe Baustellengemeinkosten.

...

### 20 Regieleistungen

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

#### 1. Allgemeines:

In dieser Unterleistungsgruppe werden nur angehängte Regieleistungen gemäß ÖNORM B 2110 erfasst.

Regieleistungen werden nur ausgeführt, wenn sie vom Auftraggeber im Einzelfall angeordnet werden, auch wenn sie im Vertrag (Leistungsverzeichnis) vorgesehen sind.

Die aufgewendeten Stunden, verwendeten Geräte, Transportleistungen und verbrauchten Stoffe werden täglich in die Regiescheine eingetragen und dem Auftraggeber zur Gegenzeichnung vorgelegt.

## 2. Mengenänderungen:

Die Bestimmungen, wonach bei Mengenänderungen die Neuvereinbarung von Einheitspreisen verlangt werden kann, sind auf Regieleistungen nicht anwendbar.

## 3. Beschäftigungsgruppen:

Die angeführten Beschäftigungsgruppen entsprechen den kollektivvertraglichen Regelungen. In den Stundensätzen sind auch anteilige Wegegelder, Fahrtspesen und Aufwandsentschädigungen (Auslösen) einkalkuliert. Verrechnet wird die an der Arbeits- oder Montagestelle tatsächlich geleistete Arbeitszeit, die kleinste Einheit ist die angefangene halbe Stunde.

## 4. Leistungsumfang/einkalkulierte Leistungen:

Die Einheitspreise für Stoffe gelten frei Baustelle, einschließlich Abladen.

## 5. Ausmaß- und Abrechnungsregeln:

Zur Verrechnung kommen die Stundensätze jener Beschäftigungsgruppe, die für die jeweilige Regieleistung ausreicht, unabhängig von der Qualifizierung des tatsächlich eingesetzten Personals.

### 20.11 Stundensätze

Stundensätze:

Die Stundensätze sind für kollektivvertragliche Normalstunden berechnet.

#### 20.1101

Polier.

##### 20.1101A Polier

L .....

S .....

80,00 h EP ..... PP .....

#### 20.1103

Facharbeiter der Beschäftigungsgruppe II.

##### 20.1103D Z Facharbeiter

L .....

S .....

300,00 h EP ..... PP .....

#### 20.1105

Bauhilfsarbeiter der Beschäftigungsgruppe IV, ohne Unterschied des Alters.

##### 20.1105A Hilfsarbeiter

L .....

S .....

300,00 h EP ..... PP .....

...

### 20.15 Materiallieferungen für Regieleistungen

#### 20.1551 Materiallieferungen f.Regieleistungen

Materiallieferungen für angeordnete Regieleistungen, für die keine gesonderten Regiepositionen ausgeschrieben wurden, werden mit einem prozentuellen Aufschlag (Gesamtzuschlag Material) auf die vom Auftragnehmer nachgewiesenen Materialkosten frei Bau (ohne Umsatzsteuer) abgerechnet (sinngemäß K4 nach ÖNORM B 2061).

Der Rechnungsbetrag ist durch saldierte Rechnungen nachzuweisen und muss allfällige gewährte Rabatte



berücksichtigen. Skonti (Nachlässe bei früherem Zahlungsziel) oder Zinsen für verspätete Zahlungen bleiben unberücksichtigt.

Diese Position unterliegt auch bei Verträgen zu veränderlichen Preisen nicht der Preisumrechnung.

Als Einheitspreis wird der angebotene Prozentsatz mit höchstens 2 Stellen nach dem Komma als Faktor eingesetzt.

1 VE = 1 EURO

Beispiel:

angebotener Prozentsatz: +12%

als Einheitspreis einzusetzen: 1,12

L .....

S .....

5.000,00 VE EP ..... PP .....

...

KOSTENDECKEL – Baumeister

Für das gegenständliche Gewerk wurde ein Kostenanschlag in der Höhe von EUR 1.585.000,- netto, exkl. Wartung und exkl. USt erstellt. Dieser Betrag gilt als absoluter Kostendeckel (Kostenobergrenze). Angebote mit einem höheren verlesenen Gesamtpreis sind demgemäß mit einem unbehebbaaren Mangel behaftet, werden nicht weiter bewertet und zwingend ausgeschieden.

Sofern alle zuschlagsfähigen Angebote, die von geeigneten Bietern abgegeben wurden, über einem Gesamtpreis von EUR 1.585.000,- netto, exkl. Wartung und exkl. USt liegen, wird der Auftraggeber das Vergabeverfahren widerrufen. Diese Bestimmung berührt nicht das Recht des Auftraggebers, die Ausschreibung aus einem anderen Grund gemäß den Bestimmungen des BVergG 2018 zu widerrufen.

1.3 Mit der Berichtigung vom 29. Mai 2020 wurde die Angebotsfrist auf 22. Juni 2020, 14.00 Uhr, erstreckt und zu diesem Zeitpunkt die Angebotsöffnung festgesetzt. Mit der Berichtigung vom 18. Juni 2020 wurde die Angebotsfrist auf 24. Juni 2020, 13.00 Uhr, erstreckt und zu diesem Zeitpunkt die Angebotsöffnung festgesetzt. Mit der Berichtigung vom 23. Juni 2020 wurde die Angebotsfrist auf 29. Juni 2020, 14.00 Uhr, erstreckt und zu diesem Zeitpunkt die Angebotsöffnung festgesetzt. (Berichtigungen im elektronischen Verfahrensakt)

1.4 Die Auftraggeberin hat am 10. und am 18. Juni 2020 Fragen von Bietern beantwortet. Aufgrund einer Bieterfrage hat sie am 18. Juni 2020 ein korrigiertes Leistungsverzeichnis und eine korrigierte ÖNORM B 2063-Datei an die Bieter versandt und die Angebotsfrist auf 24. Juni 2020, 13.00 Uhr, verlängert. (Fragebeantwortungen im elektronischen Vergabeakt)

1.5 Bei der Angebotsöffnung am 29. Juni 2020, von 14.00 Uhr bis 14.21 Uhr, öffnete die Auftraggeberin in Anwesenheit von vier ihrer Vertreter folgende Angebote mit den genannten Angebotssummen ohne USt.

? ?AAAA € 1.484.833,01

? ?XXXX € 1.517.173,60

? ?XXXX € 1.544.942,63

? ?XXXX € 1.576.422,48

? ?XXXX € 1.579.667,83

? ?XXXX € 1.579.985,67

? ?XXXX € 1.584.789,99

? ?XXXX € 1.758.108,46

? ?XXXX € 1.826.135,97

? ?XXXX € 1.894.224,07

? ?XXXX € 1.997.276,12

? ?XXXX € 2.372.548,71

Bei der Angebotsöffnung waren keine Vertreter von Bietern anwesend. Die Auftraggeberin versandte die Niederschrift elektronisch an alle Bieter. (Protokoll über die Öffnung der Angebote, Versandprotokolle im elektronischen Verfahrensakt)

1.6 Die Antragstellerin hat die stark umrandeten Felder in Punkt 7.3 und 8 des Angebotsschreibens nicht ausgefüllt. Sie hat ua ein K3-Blatt zur Herleitung des Mittellohnpreises, zusammen mit dem Angebot abgegeben. Darin hat sie sich bei der Herleitung des Bruttomittellohns auf die Beschäftigungsgruppen IIa, IIb, IIIa, IV und V des Kollektivvertrags für das Baugewerbe und die Bauindustrie, Stand 1. Mai 2020 bezogen und unter Angabe des Anteils von Beschäftigten der jeweiligen Beschäftigungsgruppe an der zu erbringenden Leistung einen Bruttomittelohn hergeleitet. Sie hat kein K7-Blatt zusammen mit dem Angebot abgegeben. (Angebot der Antragstellerin im elektronischen Vergabeakt)

1.7 Der Prüfbericht vom 9. Juli 2020 lautet auszugsweise wie folgt:

„...“

Firma

Angebotspreis netto

7.

Die Fa. AAAA wurde ausgeschieden, da das Angebotsschreiben durch den Bieter nicht vollständig ausgefüllt wurde. Punkt 7.3 und 8 sind nicht ausgefüllt.

Folgende Angaben fehlen:

- Anteil Lohn / Bruttomittelohn, Gesamtzuschlag, Bruttomittelohnpreis
- Anteil Sonstiges / Gesamtzuschlag auf die Bruttostoffkosten
- Regieleistungen / Zuschlag auf kollektivvertragliche Stundenlöhne, Stoffkostenzuschlag.

Wir weisen darauf hin, dass es bei fehlenden Angaben im Angebotsschreiben Punkt 8 (Zuschlag auf kollektivvertragliche Stundelöhne, Stoffkostenzuschlag,) bei Bildung von Regiepreisen zu Mehrkostenforderungen in anderen Leistungsgruppen zu unterschiedlichen nicht vertraglich fixierten Zuschlägen kommen kann.

ausgeschieden!

...“

(Prüfbericht OZ 11 des Verfahrensaktes)

1.8 Ab 13. Juli 2020 versandte die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung an sechs Bieter und Ausscheidensentscheidungen an sechs weitere Bieter. (Schreiben im elektronischen Verfahrensakt)

1.9 Am 13. Juli 2020 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 auszuscheiden war.

Sie haben Punkt 7.3. und Punkt 8. (Seite 5 und 6) des Angebotsschreibens nicht ausgefüllt. Darin liegt nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes und des Bundesverwaltungsgerichtes ein unbehebbarer Mangel, da durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber den Mitbietern eintreten würde (Vgl. BVA 08.08.2012, N/0066-BVA/07/2014-54, BVwG 11.08.2015, W138 2110661-2). Ihr Angebot musste daher ohne Gewährung einer diesbezüglichen Verbesserungsmöglichkeit zwingend ausgeschieden werden.

Die Stillhaltefrist gemäß § 144 BVergG 2018 endet am 23.07.2020.

...“

(Ausscheidensentscheidung im elektronischen Verfahrensakt)

1.10 Am 22. Juli 2020 nahm die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung gegenüber sechs Bieter, ua der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zurück. (Rücknahme der Zuschlagsentscheidung im elektronischen Verfahrensakt)

1.11 Die Auftraggeberin hat weder eine neuerliche Zuschlagsentscheidung getroffen und bekanntgegeben noch das Vergabeverfahren widerrufen oder den Zuschlag erteilt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.12 Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von € 4.861,50. (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. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit.

2.2 Die Aussagen in der mündlichen Verhandlung wurden nur so weit herangezogen, als sie unbestritten blieben und sich auf Vorgänge im Bereich der Antragstellerin oder allgemein technische Aussagen bezogen. 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 idF BGBl I 2019/44, 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) ...“

3.1.3 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBl I 2018/65 idF BGBl II 2019/91, lauten:

„Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 20. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und

unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) ...

#### Allgemeine Bestimmungen

§ 125. (1) Der Bieter hat sich bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten.

(2) ...

#### Form der Angebote

§ 126. (1) Angebote müssen die in der Ausschreibung vorgeschriebene Form aufweisen.

(2) ...

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

(5) ...

#### Inhalt der Angebote

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

1. ...

4. die Preise samt allen geforderten Aufgliederungen und den allenfalls notwendigen Erläuterungen; im Leistungsverzeichnis sind die Preise an den hierzu bestimmten Stellen einzutragen; wird für eine Position kein Preis angegeben, so ist dies im Angebot zu erläutern;

5. ...

6. sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte Erläuterungen oder Erklärungen;

7. ...

#### Vorgehen bei der Prüfung

§ 135. (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 § 20 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;

2. ...

5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

...

#### Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 138. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot oder über die geplante Art der Durchführung der Leistung oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter übermittelten Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Dokumentation über die Prüfung der Angebote beizuschließen.

(2) Die durch die erfolgte Aufklärung allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 20 Abs. 1, 112 Abs. 3, 113 Abs. 2 und 139 nicht verletzen.

(3) ...

#### Ausscheiden von Angeboten

§ 141. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. ...

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, Varianten- 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, oder

8. ...

#### Wahl des Angebotes für den Zuschlag

§ 142. (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 zu dokumentieren.

#### Mitteilung der Zuschlagsentscheidung

§ 143. (1) Der öffentliche Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, 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 eines Unternehmers widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde.

(2) ...

#### Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 327. 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

§ 328. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten.

(2) ...

#### Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 333. 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

§ 334. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.

(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 Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) ...

#### Einleitung des Verfahrens

§ 342. (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 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG ist die ARE Austrian Real Estate GmbH. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 2 (zB BVwG 14. 4. 2014, W138 2003084-1/15E; 28. 8. 2014, W138 2009787-2/16E; 17. 9. 2015, W123 2112177-1/21E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 185 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass gemäß § 185 Abs 3 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 § 334 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c 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 § 334 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

#### 3.2.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

3.2.2.1 Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in § 344 Abs 1 BVergG geforderten Inhalte.

3.2.2.2 Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag gemäß § 344 Abs 1 BVergG zulässig ist, wobei auch kein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß § 344 Abs 2 BVergG hervorgekommen ist. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

### 3.3 Zu Spruchpunkt A) – Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung

#### 3.3.1 Vorbemerkungen

3.3.1 Die Antragstellerin beantragt die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen deshalb, die in Punkt 7.3 und 8 geforderten Angaben dem dem Angebot beiliegenden K3-Blatt zu entnehmen seien und sie die Möglichkeit gehabt habe, diese Angaben durch Vorlage eines K3-Blatts zu machen. Die Auftraggeberin bringt vor, dass diese Möglichkeit gerade nicht für Baumeisterarbeiten bestehe und das K3-Blatt nur auf Verlangen der Auftraggeberin vorzulegen gewesen sei. Die Positionen 00.01104 und 00.011.04A des Leistungsverzeichnisses verwiesen auch darauf. Weiters habe die Antragstellerin entgegen der Ausschreibung keine K7-Blätter für wesentliche Positionen vorgelegt.

3.3.1.2 Festzuhalten ist, dass die Ausschreibungsunterlagen 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 22. 3. 2019, Ra 2017/04/0038; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Das Bundesverwaltungsgericht kann allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen nicht mehr aufgreifen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Das gilt auch für alle anderen Festlegungen der Auftraggeberin im Zuge des Vergabeverfahrens. Damit sind auch die Mindestanforderungen an die Eignung der Bieter bestandsfest festgelegt und können nicht mehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein.

3.3.1.3 Die Ausschreibungsunterlagen 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; 15. 3. 2017, Ra 2014/04/0052). Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsuntere

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)