

TE Bvwg Erkenntnis 2016/9/19 W187 2132520-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.09.2016

Entscheidungsdatum

19.09.2016

Norm

BVergG 2006 §101 Abs4
BVergG 2006 §106 Abs1
BVergG 2006 §106 Abs7
BVergG 2006 §108 Abs1 Z4
BVergG 2006 §12 Abs1 Z3
BVergG 2006 §123 Abs1
BVergG 2006 §123 Abs2
BVergG 2006 §126 Abs1
BVergG 2006 §126 Abs2
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 §316 Abs1
BVergG 2006 §316 Abs2
BVergG 2006 §318
BVergG 2006 §319 Abs1
BVergG 2006 §319 Abs2
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs2
BVergG 2006 §325 Abs1
BVergG 2006 §4
BVergG 2006 §79 Abs4
BVergG 2006 §97 Abs2
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 § 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 § 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 § 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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

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 § 316 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

1. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 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. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013

6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 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

Spruch

W187 2132520-2/25E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Mag. Jirina RADY als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Winfried PÖCHERSTORFER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der AAAA, vertreten durch Dr. Fritz Vierthaler, Rechtsanwalt, Marktplatz 16, 4810 Gmunden, betreffend das Vergabeverfahren "BRG St. Pölten Josefstraße 84 - Erweiterung Sanierung" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtstraße 1, 1031 Wien, vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Unternehmensbereich Schulen, Hintere Zollamtstraße 1, 1031 Wien, zu Recht erkannt:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA, das Bundesverwaltungsgericht möge "die angefochtene Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 5.8.2016, wonach beabsichtigt ist, beim Bauvorhaben BG/BRG St. Pölten Erweiterung und Sanierung den Leistungsgegenstand Trockenbauarbeiten an die Fa. BBBB, mit einer Vergabesumme von € 1.126.724,07 netto (exklusive USt), zu vergeben, für nichtig erklären", ab.

B)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA, "der Antragsgegnerin den Ersatz der aufgelaufenen Gebühren in der Höhe von € 9.234,00 aufzuerlegen", gemäß § 319 Abs 1 und 2 BVergG ab. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA, "der Antragsgegnerin den Ersatz der aufgelaufenen Gebühren in der Höhe von € 9.234,00 aufzuerlegen", gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG ab.

C)

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 16. August 2016 beantragte die AAAA, vertreten durch Dr. Fritz Vierthaler, Rechtsanwalt, Marktplatz 16, 4810 Gmunden, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, den Ersatz der Pauschalgebühr und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter I. wiedergegeben. Die Anträge

betreffen das Vergabeverfahren "BRG St. Pölten Josefstraße 84 - Erweiterung Sanierung" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtstraße 1, 1031 Wien.1. Am 16. August 2016 beantragte die AAAA, vertreten durch Dr. Fritz Vierthaler, Rechtsanwalt, Marktplatz 16, 4810 Gmunden, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, den Ersatz der Pauschalgebühr und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter römisch eins. wiedergegeben. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "BRG St. Pölten Josefstraße 84 - Erweiterung Sanierung" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtstraße 1, 1031 Wien.

1.1 Nach der Darstellung des Sachverhalts, Bezeichnung des Vergabeverfahrens, der Auftraggeberin, der gesondert anfechtbaren Entscheidung, sowie Ausführungen zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin unvollständig sei und den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche. Zwingend geforderte K7-Blätter zu wesentlichen Positionen lägen nicht bei. Das Angebot sei zwingend auszuschneiden. Eine Nachreichung dieser Kalkulationsblätter sei unzulässig. Eine verspätete Vorlage der Kalkulationsblätter würde der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Sie könne ihre Kalkulation in Kenntnis der Preise der anderen Bieter anpassen und zu ihren Gunsten verändern.

1.2 Die Zuschlagsentscheidung hätte zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen müssen. Der Antragstellerin drohe durch die bekämpfte Zuschlagsentscheidung ein Schaden in Form des Entgangs des kalkulierten Deckungsbeitrags. Sie werde daher in ihrem Recht auf richtige Anwendung der Bestimmungen des BVergG verletzt.

2. Am 19. August 2016 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor, erteilte allgemeine Auskünfte und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung.

3. Am 22. August 2016 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sei, weil sie Punkt 7 des Angebotsschreibens nicht ausgefüllt habe und das von der Antragstellerin in der Position 39.30.00 B Z des Leistungsverzeichnisses angebotene Produkt nicht gleichwertig zum ausgeschriebenen Leitprodukt sei. Fehlende K7-Blätter stellten behebbare Mängel dar. Die Nachreichung von K7-Blättern stelle keinen Wettbewerbsvorteil dar, weil sie bereits bei der Erstellung des Angebots vorliegen müssen. In der Ausschreibung sei die Sanktion des Ausscheidens nicht vorgesehen. Die Auftraggeberin beantragt die Abzw Zurückweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

4. Am 23. August 2016 erhob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, die BBBB, vertreten durch die Keschmann Rechtsanwalts-GmbH, Nußdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, begründete Einwendungen. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass nach Punkt 7 des Angebotsschreibens die Vorlage der K7-Blätter für wesentliche Positionen lediglich für Baumeisterarbeiten, nicht jedoch für die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen der Stuckateure und Trockenausbau gefordert gewesen seien. Es seien lediglich die in Punkt 7 des Angebotsschreibens vorgesehenen Angaben zu machen gewesen, was die Antragstellerin auch gemacht habe. Auf Aufforderung der Auftraggeberin habe sie die K7-Blätter abgegeben. Der Widerspruch zwischen Punkt 7 des Angebotsschreibens und Position 00 11 15 E des Leistungsverzeichnisses werde durch die Reihenfolge der Vertragsbestandteile in Punkt 6 des Angebotsschreibens aufgelöst. Die Auftraggeberin verwende höchstgradig standardisierte Ausschreibungsunterlagen, sodass Bieter darauf vertrauen dürften, dass sie nicht davon abweiche. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beantragt die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie die Abweisung des Nachprüfungs- und des Gebührenersatzantrages.

5. Am 24. August 2016 erließ das Bundesverwaltungsgericht zur Zahl W187 2132520-1/2E eine einstweilige Verfügung. Darin setzte es die Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aus.

6. Am 2. September 2016 nahm die Antragstellerin Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass das Ausfüllen von Punkt 7 des Angebotsschreibens nur dann notwendig gewesen wäre, wenn nicht Kalkulationsformblätter vorzulegen gewesen wären. Im Zuge der Angebotsprüfung habe die Auftraggeberin keine Zweifel gehabt, dass das in der Position 39 300 00 B Z anzubietenden Produkt dem Leitprodukt gleichwertig sei. Sie habe das Angebot der Antragstellerin weder ausgeschieden noch die Antragstellerin zur Aufklärung aufgefordert. Entsprechend den Festlegungen im Leistungsverzeichnis sei das Fehlen der K7-Blätter ein unbehebbarer Mangel. Es sei daher unzulässig,

diese nachzureichen. K7-Blätter seien nicht nur für Baumeisterarbeiten sondern wegen der Festlegung im - gegenüber den Angebotsbestimmungen spezielleren - Leistungsverzeichnis jedenfalls mit dem Angebot vorzulegen gewesen. Das Leistungsverzeichnis sei Teil des Angebotsschreibens. Das Vertrauen auf immer gleiche Angebotsbestimmungen der Auftraggeberin sei nicht geschützt. Es handle sich daher nicht um eine überraschende Forderung. Die Antragstellerin gab bekannt, dass sie den Sachbearbeiter bei der mündlichen Verhandlung stellig machen werde.

7. Am 12. September 2016 nahm die Auftraggeberin Stellung. Sie führt im Wesentlichen aus, dass das Angebot der Antragstellerin einen unbehebbarer Mangel aufweise, weil ihm zwar ein K3-Blatt und K7-Blätter angeschlossen seien, sie jedoch Punkt 7 des Angebotsschreibens nicht ausgefüllt habe. Da es sich bei den ausgeschriebenen Trockenbauarbeiten nicht um Baumeisterarbeiten handle, sei Punkt 7 des Angebotsschreibens zwingend auszufüllen gewesen und das Angebot der Antragstellerin sei auszuschneiden. Ihr komme keine Antragslegitimation zu. Das angebotene Produkt in der Position 39 30 00 B Z sei dem Leitprodukt anhand der in der Ausschreibung festgelegten Kriterien nicht gleichwertig. Bei der Nichtabgabe von K7-Blättern durch die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin handle es sich um einen behebbaren Mangel. Die Nachreichung von K7-Blättern für wesentliche Positionen führe nicht zu einer inhaltlichen Änderung des Angebots oder einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung. Die Auftraggeberin beantragt, das Bundesverwaltungsgericht möge sämtliche Anträge der Antragstellerin ab- bzw. zurückweisen.

8. Mit Schriftsatz vom 14. September 2016, beim Bundesverwaltungsgericht am 15. September 2016 eingebracht, nahm die Antragstellerin Stellung. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass dem Angebot wegen der Festlegung im Leistungsverzeichnis Kalkulationsformblätter anzuschließen gewesen seien und daher Punkt 7 des Angebotsschreibens nicht auszufüllen gewesen sei. Zum Nachweis, dass das von ihr in der Position 39 30 00 B Z des Leistungsverzeichnisses angebotene Produkt dem ausgeschriebenen Produkt gleichwertig sei, legte sie eine Schreiben des Herstellers bei, aus dem sich das ergebe. Durch die nachträgliche Vorlage von K7-Blättern ergebe sich eine Möglichkeit, das Angebot abzuändern und damit ein Wettbewerbsvorteil für die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin.

9. Mit Schriftsatz vom 14. September 2016, beim Bundesverwaltungsgericht am 15. September 2016 eingebracht, nahm die Auftraggeberin Stellung. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass die K7-Blätter die Angaben in Punkt 7 des Angebotsschreibens nicht ersetzen. Das angebotene Produkt entspreche nicht den Vorgaben der Ausschreibung. Das in der Stellungnahme der Antragstellerin vom 14. September 2016 angebotene Produkt stelle eine "Sonderanfertigung" dar, die sich nicht in der Beschreibung des Herstellers finde. Die Antragstellerin hätte dies in der Bieterlücke oder einem Begleitschreiben angeben müssen. Das nachträgliche Anbieten stelle eine unzulässige nachträgliche Angebotsänderung dar.

10. Am 15. September 2016 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Diese hatte folgenden Verlauf:

Der Verhandlungsleiter gibt an, dass die Schriftsätze OZ 22 und OZ 23 erst am Verhandlungstag beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt sind und daher ihr Inhalt in der heutigen Verhandlung nicht berücksichtigt werden kann.

Dr. Fritz VIERTHALER: Punkt 7 des Angebotsschreibens enthält Angaben über einen Lohn- und Materialaufschlag, er war nur auszufüllen, wenn keine Kalkulationsformblätter dem Angebot beizulegen sind. In der Ausschreibung selbst sind nur K7-Blätter gefordert. Daher waren nur K7-Blätter vorzulegen. Die Antragstellerin hat darüber hinaus ein K3-Blatt vorgelegt. Die benannten K4- und K6-Blätter waren nicht vorzulegen. Das Angebot der Antragstellerin erfüllt sämtliche Gleichwertigkeitskriterien. Als Nachweis wird das Schreiben der PMH GmbH vom 23. März 2016 mitsamt handschriftlichen Anmerkungen des Sachbearbeiters vorgelegt. Dieses wird als Beilage ./2 zur Verhandlungsschrift genommen und als Kopie an die Verfahrensparteien verteilt. Zum Verständnis der Ausschreibung wird darauf hingewiesen, dass der objektive Erklärungswert maßgeblich ist. Die Bundesimmobiliengesellschaft gesteht selbst zu, dass durch die nachträgliche Vorlage von Kalkulationsformblättern ein Angebot abgeändert werden kann.

Dr. Florian KESCHMANN: Weil Punkt 7 des Angebotsschreibens im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger ausgefüllt war, kann es durch die nachträgliche Vorlage der Kalkulationsformblätter nicht zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung kommen.

CCCC: Durch das nachträgliche Ausfüllen von Punkt 7 des Angebotsschreibens kann es zu einer unzulässigen Änderung

des Angebots kommen. Die K7-Blätter betreffen Preise, die im Angebot bereits feststehen.

Über Befragen des Verhandlungsleiters gibt Frau CCCC an: Die Auftraggeberin hat die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 25.4.2016 unter dem Titel "Aufklärungsfragen und Nachforderungen" aufgefordert anzugeben, warum die geforderten K7-Blätter nicht vorgelegt wurden.

Dr. Florian KESCHMANN: Auf dieses Schreiben hat die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin wie im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zur Auslegung der Ausschreibung geantwortet und die Kalkulationsformblätter vorgelegt.

DDDD: Wir haben dem Angebot keine Datenblätter für Paneelwände (Position 393000BZ) beigelegt.

CCCC: Die Auftraggeberin hat von der Antragstellerin keine Datenblätter nachgefordert. Sie hat die Datenblätter beim Hersteller angefordert. Es war eindeutig, was angeboten wurde, weshalb eine Nachforderung von der Antragstellerin nicht notwendig war. Im Zuge der Angebotsprüfung erfolgte auch kein Vorhalt, dass das angebotene Produkt nicht gleichwertig sei. Das in Beilage ./2 zur Verhandlungsschrift beschriebene Produkt ist offensichtlich eine Sonderanfertigung. Sie weicht vom Serienprodukt ab. Die Antragstellerin hätte dies in der Bieterlücke oder in einem Begleitschreiben anmerken müssen. Das Schreiben stellt eine nachträgliche unzulässige Angebotsänderung dar.

Dr. Fritz VIERTHALER: In der Position 393000BZ sind die Gleichwertigkeitskriterien beschrieben und ist das Angebot daher so zu verstehen, dass das angebotene Produkt diese Gleichwertigkeitskriterien erfüllt.

DDDD: Bei dem angebotenen Produkt handelt es sich um eine Sonderlösung, die man auf der Homepage des Herstellers nicht findet. Es handelt sich um eine serienproduzierte Tischlerarbeit. Der Hersteller bietet nicht alle "48" Produktvarianten auf der Homepage an. Die Bezeichnung "ABS" steht für die Kante und nicht für das Material.

Dr. Fritz VIERTHALER: Bei nachträglicher Vorlage der K7-Blätter bestehen Manipulationsmöglichkeiten bei den Baustellengemeinkosten.

Dr. Florian KESCHMANN: Dieses Vorbringen wird bestritten. Im Leistungsverzeichnis sind die Baustellengemeinkosten ausgepreist und beschrieben.

CCCC: Durch das Nachreichen wird der Wert der Leistung nicht geändert. Dadurch kann keine Verbesserung der Wettbewerbsstellung eintreten.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1. Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, schreibt unter der Bezeichnung "BRG St. Pölten Josefstraße 84 - Erweiterung Sanierung" einen Bauauftrag mit dem CPV-Code 45324000-4 - Gipskartonarbeiten in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip aus. Vergebende Stelle ist der Unternehmensbereich Schulen der Auftraggeberin. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt € 18,524.000, jener des verfahrensgegenständlichen Loses € 1,201.136 jeweils ohne USt. Die Auftraggeberin machte den Auftrag ua im Supplement zum Amtsblatt der EU zur Zahl 2016/S 056-92794 und im Amtlichen Lieferanzeiger online am 15. März 2016, in der Druckausgabe am 17. März 2016 zur Zahl L-593379-6314, alle am 14. März 2016 abgesandt, bekannt. (Auskünfte der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

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 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. 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 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 Paragraph 106, Absatz 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.

...

17. Die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen erfolgt nach den Bestimmungen des BVergG 2006 i.d.g.F. und den dazu ergangenen Verordnungen. Die Vergabe der Leistungen erfolgt gemäß § 80 Abs. 1 BVergG 2006 im 17. Die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen erfolgt nach den Bestimmungen des BVergG 2006 i.d.g.F. und den dazu ergangenen Verordnungen. Die Vergabe der Leistungen erfolgt gemäß Paragraph 80, Absatz eins, BVergG 2006 im

? Oberschwellenbereich (OSB)

? Unterschwellenbereich (USB)

...

18. Der Zuschlag wird gemäß § 80 Abs. 3 BVergG 2006 erteilt: 18. Der Zuschlag wird gemäß Paragraph 80, Absatz 3, BVergG 2006 erteilt:

18.1 ? dem Angebot mit dem niedrigsten Preis

18.2 ? dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot

...

ANGEBOTSSCHREIBEN

...

6 Vertragsbestandteile:

Als Vertragsbestandteile gelten in nachstehender Reihenfolge:

a) ...

b) die Angebotsbestimmungen des Einladungsschreibens zur Angebotsabgabe und das gegenständliche Angebotsschreiben (ohne Beilagen);

c) ...

f) die Beilagen zum Angebotsschreiben, wobei innerhalb dieser Beilagen bei allfälligen Widersprüchen die im Punkt 19. normierte Reihenfolge bzw. Rangordnung gilt;

g) ...

Die erwähnten Vertragsbestandteile gelten in der vorangeführten Reihenfolge. Bei Widersprüchen gilt der jeweils vorgeordnete Vertragsbestandteil. Abänderungen und Ergänzungen der Vertragsbestandteile gelten nur, wenn dieselben von beiden Seiten schriftlich und rechtsgültig bestätigt werden.

7 Die Einheits- und Pauschalpreise wurden von mir (uns) gemäß ÖNORM

B 2061 auf folgenden Kalkulationsgrundlagen ermittelt:

Für Baumeisterarbeiten:

Ich (Wir) erkläre(n) ausdrücklich, dass ich (wir) meine (unsere) Kalkulation durch Vorlage der entsprechenden Kalkulationsformblätter (K-Blätter), insbesondere K3, K4 und K6-Blätter, sowie für die im Leistungsverzeichnis als wesentliche Positionen (W-Positionen) gekennzeichneten Positionen durch Vorlage von K7-Blätter belege(n).

Gilt nur, wenn keine Kalkulationsformblätter anzuschließen sind:

Anteil Lohn

Bruttomittellohn (kollektivvertragliche Löhne und allfällige überkollektivvertragliche Mehrlöhne, allfällige Aufzahlungen für Mehrarbeit und Erschwer-nisse sowie aller Sondererstattungen, zuzüglich der lohngebundenen Kosten)

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

Bruttomittelohnpreis

Anteil Sonstiges

Gesamtzuschlag auf die Bruttostoffkosten

19. Diesem rechtsgültig unterfertigten Angebotsschreiben sind als weitere Bestandteile des Angebotes (siehe Punkt 6 f) angeschlossen (bitte Zutreffendes ankreuzen):

19.1

bei Angeboten ohne Datenträgeraustausch

- -Strichaufzählung
vollständig ausgepreistes und rechtsgültig unterfertigtes Lang-Leistungsverzeichnis (in Papierform und auf Original-Vordruck des Auftraggebers)
- -Strichaufzählung
ausgepreistes "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge"

19.2

bei Angeboten mit Datenträgeraustausch

- -Strichaufzählung
automationsunterstützt erstelltes, ausgepreistes und rechtsgültig unterfertigtes Kurz-Leistungsverzeichnis
- -Strichaufzählung
ausgepreister ÖNORM A 2063-Datenträger
- -Strichaufzählung
rechtsgültig unterfertigtes Lang-Leistungsverzeichnis oder Anerkennung gemäß § 107 Abs. 1 BVergG
2006rechtsgültig unterfertigtes Lang-Leistungsverzeichnis oder Anerkennung gemäß Paragraph 107, Absatz eins, BVergG 2006
- -Strichaufzählung
ausgepreistes "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge"

Leistungsverzeichnis / EUR

Ausschreibungs LV / Geschlossenes LV

Ständige Vorbemerkungen

Soweit in Vorbemerkungen oder Positionstexten nicht anders angegeben, gelten

folgende Regelungen.

1. Standardisierte Leistungsbeschreibung:

Dieses Leistungsverzeichnis (LV) wurde mit der Standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau, Version 19, 2012-02, herausgegeben vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (BMWFJ), erstellt.

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/?Systeme als angeboten.

6. Zulassungen:

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

...

00 Allgemeine Bestimmungen

00 11 Angebotsbestimmungen

00 11 15 Ergänzende Bestimmungen zu den geforderten Nachweisen:

00 11 15 E Nachweise m.Angbot - K7-Blatt für alle wesentlichen Pos.

Z

Für die im Leistungsverzeichnis als Wesentliche Position "W" gekennzeichnete Leistungsposition sind die Kalkulationsblätter K7 als Nachweise zwingend (keine spätere Vorlage) mit Abgabe des Angebotes vorzulegen.

...

00 12 01 X Verfahrensbestimmung - Baustellenbesichtigung verbindlich
00 12 01 römisch zehn Verfahrensbestimmung - Baustellenbesichtigung verbindlich

Z

ergänzende Bestimmung zu Pkt. 4.2.1.4 ÖNORM B2110 gilt:

Der Bieter hat die Besichtigung der örtlichen Gegebenheiten schriftlich mit Datum und Unterschriften nachzuweisen und seinem Angebot beizufügen. Ein Formblatt der Bestätigung liegt beim ansässigen Schulwart auf.

Terminvereinbarung erfolgen mit :

- PLOV Architekten ZT GmbH

per Mailanmeldung: bgsp@plov.at

Fehlt diese Bestätigung kann das Angebot ohne weitere Begründung ausgeschieden werden.

...

39 30 Paneelwände V39 30 Paneelwände römisch fünf

1. Leistungsumfang/einkalkulierte Leistungen:

1.1 Höhen:

Die Ausführung von Wänden mit einer Höhe von 205 bis 210 cm, einschließlich einer Bodenfreiheit von 10 bis 15 cm, ist in die Einheitspreise einkalkuliert.

1.2 Farbe, Dekor:

Wenn keine Farbe oder kein Dekor angegeben ist, entspricht die Oberflächenbeschichtung der Standardausführung (weiß oder grau, nach Wahl des Auftraggebers). Musterplättchen werden nach Aufforderung durch den Auftraggeber vom Auftragnehmer vorgelegt.

1.3 Türen:

Die Türen bestehen aus dem gleichen Material wie die Wände. Die Türansläge sind mit einer Anschlagdämpfung ausgestattet.

1.4 Folgende Leistungen sind (ergänzend zu den Nebenleistungen gemäß ÖNORM) in die Einheitspreise einkalkuliert:

- alle Befestigungen, Dichtungen, Fußstützen und Abdeckprofile in Standardausführung
- die fertige Montage

39 30 00 Folgende Angaben und Anforderungen an die Art und Weise der

Z

Leistungserbringung gelten als vereinbart und sind in die Einheitspreise einkalkuliert.

39 30 00 B Material zu 39.30 Beispiel Auftraggeber Z

Das Verwenden nachstehend angebotener Materialien zu den angegebenen Positionen der ULG 39.30 wird vereinbart:

Betrifft Position(en): 39.30.05 ff

Beispielhaftes Material: SCHÄFER, TYP EF-3 Jump

Angeboten ist das beispielhafte oder ein Material gleichwertiger Art. Angeboten ist das beispielhafte oder ein Material gleichwertiger "Art".

Kriterien der Gleichwertigkeit:

- Trennwandmaterial : wasserfeste HPL-Vollkernplatten,
- fäulnisssicher,
- kratz-, bruch- und stoßfest.
- Verstärkungsrahmen aus Aluminium
- bodenfreies System
- Optik

.
Angebotenes Fabrikat :

.
Angebotene Type :

...

Die Ausschreibung enthält wesentliche Positionen.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

3. Sowohl die Antragstellerin als auch die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin haben die Baustelle besichtigt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

4. Die Auftraggeberin öffnete folgende Angebote am 5. April 2016, 13.00 Uhr:

* EEEE € 1.019.858,16 (ausgeschieden)

* FFFF € 1.042.911,29 (ausgeschieden)

* GGGG € 1.093.468,32 (ausgeschieden)

* BBBB € 1.126.724,07

* HHHH € 1.142.813,15 (ausgeschieden)

* AAAA € 1.149.715,73

Bei der Angebotsöffnung waren ua ein Vertreter der Antragstellerin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin anwesend.

(Auskünfte der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

5. Die Antragstellerin legte ua Formblätter K7 für die wesentlichen Positionen und ein Formblatt K3 dem Angebot bei. Sie füllte Punkt 7 des Angebotsschreibens nicht aus. Sie bietet in der Position 39 30 00 B Z das Fabrikat "XXXX", an. Dieses ist nach den Angaben des Herstellers auf seiner Homepage aus hochverdichteten Feinspanplatten aufgebaut und steht auf schmalen Trennwandfüßen, die jedenfalls von der Vorderseite sichtbar sind. Nach Angaben der Antragstellerin trifft die Bezeichnung "ABS" jedoch lediglich eine Aussage über die Behandlung der Kanten der Wände, nicht jedoch über das Material und den Aufbau. Vielmehr gibt es eine große Zahl unterschiedlicher Ausführungsvarianten mit unterschiedlichen Materialien und Befestigungsmöglichkeiten für die Standfüße. Damit ist es möglich, das System auch in einer Art anzubieten, wie sie die Ausschreibung fordert. Die Antragstellerin hat dem Angebot keine Beschreibung oder technische Datenblätter des angebotenen Systems beigelegt. Das System nach der in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Spezifikation soll aus HPL-Vollkernplatten hergestellt werden und auf entsprechend zurückversetzten Ständerfüßen stehen. (Angebot der Antragstellerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens; von der Auftraggeberin vorgelegte Produktdatenblätter; Beilage ./2 zur Verhandlungsschrift; Aussage von Herrn DDDD, Mitarbeiter der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung)

6. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin füllte Punkt 7 des Angebotsschreibens aus, legte dem Angebot keine K-Blätter bei und bietet in der Position 39 30 00 B Z das Leitprodukt an. Mit Schreiben vom 25. April 2016 forderte die Auftraggeberin die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf zu erklären, warum sie die geforderten K7-Blätter ihrem Angebot nicht beigelegt habe. Diese begründete dies in ihrer fristgemäß übermittelten Antwort damit, dass sich aufgrund des Vorrangs von Punkt 7 des Angebotsschreibens vor der Position 00 11 15 E des Leistungsverzeichnisses wegen der Punkte 6 und 19 des Angebotsschreibens keine Verpflichtung zur Vorlage von K7-Blättern ergebe. Gleichzeitig legte sie die K7-Blätter für die wesentlichen Positionen vor. (Auskünfte der Auftraggeberin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin jeweils in der mündlichen Verhandlung; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

7. Am 10. Juni 2016 gab die Auftraggeberin die erste Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der EEEE bekannt, die BBBB beantragte ihre Nichtigerklärung und die Auftraggeberin nahm sie am 28. Juni 2016 zurück. Die Auftraggeberin schied die in 4. der Feststellungen gekennzeichneten Angebote aus. Am 5. August 2016 gab sie die gegenständliche

Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der BBBB bekannt. (Auskünfte der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens; Verfahrensakt des BVwG zu W187 2128266-2)

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

9. Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

9.234. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

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. Die Aussagen von Auskunftspersonen in der mündlichen Verhandlung wurden nur so weit herangezogen, als nur die betreffende Person die Aussagen treffen kann, wie die Aussagen des Mitarbeiters der Antragstellerin über die Beschaffenheit des angebotenen Systems, oder sie mit den Unterlagen des Vergabeverfahrens übereinstimmen. 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 lauten: 3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl römisch eins 2013/10 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 idF BGBl I 2013/122, lauten: 3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl römisch eins 2013/122, 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.

...

Verhandlung

24. (1) Das Verwaltungsgericht hat auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

(2) Die Verhandlung kann entfallen, wenn

1. der das vorangegangene Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder die angefochtene Weisung für rechtswidrig zu erklären ist oder

2. die Säumnisbeschwerde zurückzuweisen oder abzuweisen ist.

(3) Der Beschwerdeführer hat die Durchführung einer Verhandlung in der Beschwerde oder im Vorlageantrag zu beantragen. Den sonstigen Parteien ist Gelegenheit zu geben, binnen angemessener, zwei Wochen nicht übersteigender Frist einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zu stellen. Ein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung kann nur mit Zustimmung der anderen Parteien zurückgezogen werden.

(4) Soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, kann das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrags von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen.(4) Soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, kann das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrags von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Artikel 6, Absatz eins, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bundesgesetzblatt Nr. 210 aus 1958,, noch Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen.

(5) Das Verwaltungsgericht kann von der Durchführung (Fortsetzung) einer Verhandlung absehen, wenn die Parteien ausdrücklich darauf verzichten. Ein solcher Verzicht kann bis zum Beginn der (fortgesetzten) Verhandlung erklärt werden.

...

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 KraftParagraph 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 idF BGBl II 2016/7 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 in der Fassung BGBl römisch zwei 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.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) ...

...

Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

§ 79. (1) ...Paragraph 79, (1) ...

(4) Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen die als wesentlich geltenden Positionen angeben.

(5) ...

Erstellung eines Leistungsverzeichnisses

§ 97. (1) ...Paragraph 97, (1) ...

(2) Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.

(3) ...

...

Ablauf des offenen Verfahrens

§ 101. ...Paragraph 101, ...

(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. (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) ...

...

Inhalt der Angebote

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

1. ...

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

5. ...

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. 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. ...

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. ...

...

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

(3) ...

...

Mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht

§ 316. (1) Soweit dem weder Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen, kann die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn Paragraph 316, (1) Soweit dem weder Artikel 6, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bundesgesetzblatt Nr. 210 aus 1958,, noch Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen, kann die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn

1. der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist, oder

2. das Bundesverwaltungsgericht einen sonstigen verfahrensrechtlichen Beschluss zu erlassen hat, oder

3. bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist.

(2) Der Antragsteller hat die Durchführung einer Verhandlung im Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag zu beantragen. Dem Auftraggeber sowie etwaigen Antragsgegnern ist Gelegenheit zu geben, binnen angemessener, eine Woche nicht übersteigender Frist einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zu stellen. Ein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung kann nur mit Zustimmung der anderen Parteien wirksam zurückgezogen werden.

...

Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Paragraph 319, (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

(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) ...

Nichtigerklärung 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 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft mbH. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (st Rspr zB BVwG 16. 4. 2014, W187 2003334-1/25E; 24. 4. 2015, W187 2101270-2/38E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, der geschätzte Auftragswert des Loses darunter, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. 3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft mbH. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (st Rspr zB BVwG 16. 4. 2014, W187 2003334-1/25E; 24. 4. 2015, W187 2101270-2/38E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, der geschätzte Auftragswert des Loses darunter, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich 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 a 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 a, 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 Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen 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 Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

3.2.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

3.2.2.1 Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich. Selbst bei Zutreffen der behaupteten Ausscheidensgründe kommt der Antragstellerin Antragslegitimation zu, weil nur zwei Bieter im Vergabeverfahren verblieben sind, sie sich auf "ein berechtigtes Interesse am Ausschluss der jeweils anderen berufen" kann (EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, Fastweb, Rn 33; zB BVwG 30. 5. 2016, W187 2121663-2/41E) und sie bei Zutreffen der gegen die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin behaupteten Ausscheidensgründe ihre Chance auf Erteilung des Auftrags zumindest durch eine Neuausschreibung durchsetzen kann (EuGH 5. 4. 2016, C-689/13, PFE, Rn 25 und 30; VwGH 18. 5. 2016, Ro 2014/04/0054). 3.2.2.1 Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG nicht offensichtlich. Selbst bei Zutreffen der behaupteten Ausscheidensgründe

kommt der Antragstellerin Antragslegitimation zu, weil nur zwei Bieter im Vergabeverfahren verblieben sind, sie sich auf "ein berechtigtes Interesse am Ausschluss der jeweils anderen berufen" kann (EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, Fastweb, Rn 33; zB BVwG 30. 5. 2016, W187 2121663-2/41E) und sie bei Zutreffen der gegen die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin behaupteten Ausscheidensgründe ihre Chance auf Erteilung des Auftrags zumindest durch eine Neuausschreibung durchsetzen kann (EuGH 5. 4. 2016, C-689/13, PFE, Rn 25 und 30; VwGH 18. 5. 2016, Ro 2014/04/0054).

3.2.2.2 Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag zulässig ist, da er die notwendigen Inhalte gemäß § 322 Abs 1 BVergG enthält und kein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß § 322 Abs 2 BVergG vorliegt. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. 3.2.2.2 Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag zulässig ist, da er die notwendigen Inhalte gemäß Paragraph 322, Absatz eins, BVergG enthält und kein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG vorliegt. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2.2.3 Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung war notwendig, weil die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin diese gemäß § 316 Abs 2 BVergG beantragt hat, § 24 VwGVG iVm § 311 BVergG ebenso wie Art 47 GRC und Art 6 MRK diese grundsätzlich verlangen und das Bundesverwaltungsgericht keinen Grund für ein Absehen von der Verhandlung nach § 316 Abs 1 BVergG oder § 24 Abs VwGVG erkennt. Insbesondere erfordert die entscheidungserhebliche Frage der Auslegung der Ausschreibungsunterlagen eine kontradiktorische Erörterung (st Rspr, zB VwGH 2. 6. 2016, Ra 2016/08/0075; Reisner in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte [2015] § 24 Rz 1 und 3). 3.2.2.3 Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung war notwendig, weil die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin diese gemäß Paragraph 316, Absatz 2, BVergG beantragt hat, Paragraph 24, VwGVG in Verbindung mit Paragraph 311, BVergG ebenso wie Artikel 47, GRC und Artikel 6, MRK diese grundsätzlich verlangen und das Bundesverwaltungsgericht keinen Grund für ein Absehen von der Verhandlung nach Paragraph 316, Absatz eins, BVergG oder Paragraph 24, Abs VwGVG erkennt. Insbesondere erfordert die entscheidungserhebliche Frage der Auslegung der Ausschreibungsunterlagen eine kontradiktorische Erörterung (st Rspr, zB VwGH 2. 6. 2016, Ra 2016/08/0075; Reisner in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte [2015] Paragraph 24, Rz 1 und 3).

3.3 Zu Spruchpunkt A) - Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung

3.3.1 Vorbemerkungen

3.3.1.1 Die Antragstellerin behauptet zusammengefasst, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin auszuschneiden sei, weil im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zwingend geforderte K7-Blätter zu wesentlichen Positionen nicht beilägen.

3.3.1.2 Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten wurde und daher bestandsfest ist (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). Die strittigen Festlegungen überschreiten die Grenzen möglicher Festlegungen des Auftraggebers nicht (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029).

3.3.1.3 Die Ausschreibung ist 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; 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;

3.3.1.4 Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß § 123 Abs 1 BVergG in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung (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 (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.

3.3.2 Zur Unvollständigkeit des Angebots der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin

3.3.2.1 Fest steht, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ihrem Angebot keine K7-Blätter beigelegt hat, sondern diese erst im Zuge der Angebotsprüfung auf Aufforderung der Auftraggeberin übermittelt hat. Vorerst ist daher der Inhalt der Ausschreibung zu ermitteln. Es ist zu klären, ob die Bieter verpflichtet waren, dem Angebot K7-Blätter für die wesentlichen Positionen beizulegen.

3.3.2.2 Punkt 7 des Angebotsschreibens (siehe Punkt 2 der Sachverhaltsfeststellungen) legt fest, dass für Baumeisterarbeiten ua K7-Blätter dem Angebot beizulegen sind. Festzuhalten ist, dass keine Baumeisterarbeiten, sondern Arbeiten des Trockenbaues ausgeschrieben sind. Daher ist diese Festlegung der Ausschreibung nicht einschlägig und verpflichtet in der gegenständlichen Ausschreibung keinen Bieter, dem Angebot K7-Blätter beizulegen.

3.3.2.3 Nach Position 00 11 15 E Z des Leistungsverzeichnisses (siehe Punkt 2 der Sachverhaltsfeststellungen) sind für alle im Leistungsverzeichnis als wesentliche Position mit "W" gekennzeichnete Positionen "die Kalkulationsblätter K7 als Nachweise zwingend (keine spätere Vorlage) mit Abgabe des Angebotes vorzulegen". Diese Festlegung weicht als "Z-Position" von der Leitlinie ab, ist von der Auftraggeberin frei formuliert und als Festlegung im Leistungsverzeichnis verbindlich. Nach dem Wortlaut dieser Festlegung waren alle Bieter verpflichtet, die K7-Blätter für alle wesentlichen Positionen dem Angebot beizulegen.

3.3.2.4 Wenn die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin vorbringt, dass ein Widerspruch entsteht, der durch die Reihenfolge in Punkt 6 des Angebotsschreibens aufzulösen ist, ist dazu anmerken, dass einerseits im Angebotsschreiben ausdrücklich festgelegt ist, dass keine K7-Blätter dem Angebot beizulegen sind, und andererseits im Leistungsverzeichnis ausdrücklich festgelegt ist, dass K7-Blätter dem Angebot beizulegen sind. Diese Bestimmungen stehen inhaltlich in Widerspruch. Eine Auflösung dieses Widerspruchs kann nur dadurch gelingen, dass es eine andere Festlegung in der Ausschreibung gibt, die eine Kollisionsregel enthält. Diese findet sich in der Reihenfolge der Vertragsbestandteile in Punkt 6 des Angebotsschreibens. Diese Reihung von Teilen des Vertrags ist derart zu verstehen, dass der Inhalt eines vorgereichten Bestandteils des Vertrags dem Inhalt eines danach gereichten Teils des Vertrags vorgeht und ihn damit verdrängt. Das Leistungsverzeichnis ist in diesem Zusammenhang nach Punkt 19 des Angebotsschreibens, der selbst auf Punkt 6 lit f des Angebotsschreibens verweist, als Beilage zum Angebotsschreiben zu verstehen. Inhaltlich reiht Punkt 6 des Angebotsschreibens das Leistungsverzeichnis als Beilage zum Angebotsschreiben in lit f hinter das Angebotsschreiben selbst in lit b. Damit gehen Festlegungen im Angebotsschreiben Festlegungen im Leistungsverzeichnis vor. Auf das Vorbringen zur Üblichkeit der Festlegung im Leistungsverzeichnis ist dabei nicht weiter einzugehen, da es sich bei dieser Festlegung um eine "Z-Position" handelt, die wegen ihrer Abweichung von Leitlinien leicht erkennbar am rechten Seitenrand des Leistungsverzeichnisses gesondert gekennzeichnet ist und daher ein Bieter diese auch besonders beachten muss. Es ist daher davon auszugehen, dass entsprechend der Festlegung in Punkt 7 des Angebotsschreibens dem Angebot keine K7-Blätter beizulegen waren. Damit entspricht das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin den Vorgaben der Ausschreibung und ist nicht gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden. Es ist daher nicht mehr zu prüfen, ob die Auftraggeberin in Position 00 11 15 E Z einen Ausscheidensgrund festgelegt hat, an den sie angesichts der Bestandsfestigkeit der Ausschreibung gebunden wäre.3.3.2.4 Wenn die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin vorbringt, dass ein Widerspruch entsteht, der durch die Reihenfolge in Punkt 6 des Angebotsschreibens aufzulösen ist, ist dazu anmerken, dass einerseits im Angebotsschreiben ausdrücklich festgelegt ist, dass keine K7-Blätter dem Angebot beizulegen sind, und andererseits im Leistungsverzeichnis ausdrücklich festgelegt ist, dass K7-Blätter dem Angebot beizulegen sind. Diese Bestimmungen stehen inhaltlich in Widerspruch.

Eine Auflösung dieses Widerspruchs kann nur dadurch gelingen, dass es eine andere Festlegung in der Ausschreibung gibt, die eine Kollisionsregel enthält. Diese findet sich in der Reihenfolge der Vertragsbestandteile in Punkt 6 des Angebotsschreibens. Diese Reihung von Teilen des Vertrags ist derart zu verstehen, dass der Inhalt eines vorgereichten Bestandteils des Vertrags dem Inhalt eines danach gereichten Teils des Vertrags vorgeht und ihn damit verdrängt. Das Leistungsverzeichnis ist in diesem Zusammenhang nach Punkt 19 des Angebotsschreibens, der selbst auf Punkt 6 Litera f, des Angebotsschreibens verweist, als Beilage zum Angebotsschreiben zu verstehen. Inhaltlich reiht Punkt 6 des Angebotsschreibens das Leistungsverzeichnis als Beilage zum Angebotsschreiben in Litera f, hinter das Angebotsschreiben selbst in Litera b, Damit gehen Festlegungen im Angebotsschreiben Festlegungen im Leistungsverzeichnis vor. Auf das Vorbringen zur Üblichkeit der Festlegung im Leistungsverzeichnis ist dabei nicht weiter einzugehen, da es sich bei dieser Festlegung um eine "Z-Position" handelt, die wegen ihrer Abweichung von Leitlinien leicht erkennbar am rechten Seitenrand des Leistungsverzeichnisses gesondert gekennzeichnet ist und daher ein Bieter diese auch besonders beachten muss. Es ist daher davon auszugehen, dass entsprechend der Festlegung in Punkt 7 des Angebotsschreibens dem Angebot keine K7-Blätter beizulegen waren. Damit entspricht das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin den Vorgaben der Ausschreibung und ist nicht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden. Es ist daher nicht mehr zu prüfen, ob die Auftraggeberin in Position 00 11 15 E Z einen Ausscheidensgrund festgelegt hat, an den sie angesichts der Bestandsfestigkeit der Ausschreibung gebunden wäre.

3.3.3 Zum behaupteten Ausscheiden der Antragstellerin

3.3.3.1 Angesichts des Ergebnisses in Punkt 3.3.2 dieses Erkenntnisses ist die Frage, ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist, nicht mehr von Bedeutung. Die Auftraggeberin bringt vor, dass die Antragstellerin den Punkt 7 des Angebotsschreibens nicht ausgefüllt hat. Dort sind die Bruttolohnpreise und der Gesamtzuschlag auszuweisen. Inhaltlich sind diese Angaben eine Zusammenfassung der Angaben in einem K3-Blatt. In der Ausschreibung ist kein ausdrücklicher Ausscheidensgrund für das Nichtausfüllen von Punkt 7 des Angebotsschreibens vorgesehen. Unstrittig ist das Angebot damit unvollständig iSd § 129 Abs 1 Z 7 BVergG. Die Grenze für eine allfällige Verbesserung stellte die Einreichung eines neuen Angebots dar (EuGH 7. 4. 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, Rn 64). Inhaltlich hätte die Antragstellerin keinen Spielraum für die Abgabe eines neuen Angebots, weil sie K-Blätter, insbesondere auch ein K3-Blatt, abgegeben hat und damit die in Punkt 7 verlangten Angaben bereits an anderer Stelle gemacht hat. Eine Verbesserung ihrer Wettbewerbsstellung ist ausgeschlossen. Es handelt sich daher im Lichte der Rechtsprechung um einen verbesserbaren Mangel des Angebots (VwGH 29. 6. 2005, 2005/04/0024).

3.3.3.1 Angesichts des Ergebnisses in Punkt 3.3.2 dieses Erkenntnisses ist die Frage, ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist, nicht mehr von Bedeutung. Die Auftraggeberin bringt vor, dass die Antragstellerin den Punkt 7 des Angebotsschreibens nicht ausgefüllt hat. Dort sind die Bruttolohnpreise und der Gesamtzuschlag auszuweisen. Inhaltlich sind diese Angaben eine Zusammenfassung der Angaben in einem K3-Blatt. In der Ausschreibung ist kein ausdrücklicher Ausscheidensgrund für das Nichtausfüllen von Punkt 7 des Angebotsschreibens vorgesehen. Unstrittig ist das Angebot damit unvollständig iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG. Die Grenze für eine allfällige Verbesserung stellte die Einreichung eines neuen Angebots dar (EuGH 7. 4. 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, Rn 64). Inhaltlich hätte die Antragstellerin keinen Spielraum für die Abgabe eines neuen Angebots, weil sie K-Blätter, insbesondere auch ein K3-Blatt, abgegeben hat und damit die in Punkt 7 verlangten Angaben bereits an anderer Stelle gemacht hat. Eine Verbesserung ihrer Wettbewerbsstellung ist ausgeschlossen. Es handelt sich daher im Lichte der Rechtsprechung um einen verbesserbaren Mangel des Angebots (VwGH 29. 6. 2005, 2005/04/0024).

3.3.3.2 Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass das in Position 39 30 00 B Z angebotene Produkt dem Leitprodukt nicht gleichwertig ist, ist ihr insofern zuzustimmen, als das angebotene Produkt nach den Angaben des Herstellers auf der Homepage aus hochverdichteten Feinspanplatten und nicht wie in der Ausschreibung gefordert aus HPL-Vollkernplatten hergestellt wird. Die Montage erfolgt auf den Fotos der vom Hersteller beispielhaft dargestellten Systemen jeweils auf Standfüßen, die auf der Vorderseite sichtbar sind. Die Ausschreibung legt als Trennwandmaterial wasserfeste HPL-Vollkernplatten fest und verlangt ein bodenfreies System. Das von der Antragstellerin angebotene System ist nach den Aussagen des Mitarbeiters der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung in einer Vielzahl von Ausführungsvarianten mit unterschiedlichen Materialien erhältlich. Die Antragstellerin hat ihrem Angebot jedoch keine technischen Beschreibungen oder Datenblätter zum Nachweis der Gleichwertigkeit beigelegt. Nach der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vorgelegten technischen Beschreibung des Herstellers entspricht das Angebot den

Anforderungen der Ausschreibung. Da jedoch die Antragstellerin das in der Bieterlücke angebotene System nicht so genau spezifiziert hat, dass klar erkennbar war, welche Variante zur Ausführung kommen sollte, weist ihr Angebot einen unbehebbarer Mangel auf (zB BVA 30. 5. 2012, N/0040-BVA/10/2012-27) und wäre gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden gewesen. 3.3.3.2 Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass das in Position 39 30 00 B Z angebotene Produkt dem Leitprodukt nicht gleichwertig ist, ist ihr insofern zuzustimmen, als das angebotene Produkt nach den Angaben des Herstellers auf der Homepage aus hochverdichteten Feinspanplatten und nicht wie in der Ausschreibung gefordert aus HPL-Vollkernplatten hergestellt wird. Die Montage erfolgt auf den Fotos der vom Hersteller beispielhaft dargestellten Systemen jeweils auf Standfüßen, die auf der Vorderseite sichtbar sind. Die Ausschreibung legt als Trennwandmaterial wasserfeste HPL-Vollkernplatten fest und verlangt ein bodenfreies System. Das von der Antragstellerin angebotene System ist nach den Aussagen des Mitarbeiters der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung in einer Vielzahl von Ausführungsvarianten mit unterschiedlichen Materialien erhältlich. Die Antragstellerin hat ihrem Angebot jedoch keine technischen Beschreibungen oder Datenblätter zum Nachweis der Gleichwertigkeit beigelegt. Nach der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vorgelegten technischen Beschreibung des Herstellers entspricht das Angebot den Anforderungen der Ausschreibung. Da jedoch die Antragstellerin das in der Bieterlücke angebotene System nicht so genau spezifiziert hat, dass klar erkennbar war, welche Variante zur Ausführung kommen sollte, weist ihr Angebot einen unbehebbarer Mangel auf (zB BVA 30. 5. 2012, N/0040-BVA/10/2012-27) und wäre gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden gewesen.

3.3.4 Zusammenfassung

Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ist nach den obigen Ausführungen nicht auszuscheiden. Daher ist die Zuschlagsentscheidung rechtmäßig zustande gekommen und der Nachprüfungsantrag abzuweisen.

3.4 Zu Spruchpunkt B) - Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesverwaltungsgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht obsiegt, da das Bundesverwaltungsgericht den Nachprüfungsantrag abwies. Der Ersatz der Pauschalgebühr findet daher nicht statt.

3.5 Zu Spruchpunkt B) - Unzulässigkeit der Revision

3.5.1 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. 3.5.1 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.

3.5.2 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. Die einschlägige Rechtsprechung ist unter 3.3 dieses Erkenntnisses wiedergegeben. Da im vorliegenden Erkenntnis in erster Linie die Ausschreibung auszulegen war, entscheidend daher eine Frage der Beweiswürdigung war und damit keine spezifische Rechtsfrage im Vordergrund stand, ist auch aus diesem Grund eine Revision nicht zulässig (st Rspr, zB VwGH 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0056 mwN). 3.5.2 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. Die einschlägige Rechtsprechung ist unter 3.3 dieses Erkenntnisses wiedergegeben. Da im vorliegenden Erkenntnis in erster Linie die Ausschreibung auszulegen war, entscheidend daher eine Frage der Beweiswürdigung war und damit keine spezifische Rechtsfrage im Vordergrund stand, ist auch aus diesem Grund eine Revision nicht zulässig (st Rspr, zB VwGH 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0056 mwN).

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsänderung, Antragslegimitation, Bauauftrag, Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung, Bieterlücke, Gleichwertigkeit, Kalkulation, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, offenes Verfahren, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebührenersatz, Reihenfolge der Prüfung, Schaden, Unbehebbarkeit, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren, Willenserklärung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W187.2132520.2.00

Zuletzt aktualisiert am

13.10.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at