

TE Bvwg Erkenntnis 2015/12/23 W138 2117131-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.12.2015

Entscheidungsdatum

23.12.2015

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §12 Abs1

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §69 Z2

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916
1. BVergG 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 § 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 § 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 § 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 § 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 § 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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 69 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 § 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

W138 2117131-2/33E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden sowie Mag. Susanne WIXFORTH als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Matthias WOHLGEMUTH als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Möblierung Projekt Medienstandort Königlberg" des Österreichischen Rundfunks (ORF), Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, über den Antrag der XXXX, XXXX, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, vom 13.11.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden sowie Mag. Susanne WIXFORTH als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Matthias WOHLGEMUTH als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Möblierung Projekt Medienstandort Königlberg" des Österreichischen Rundfunks (ORF), Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, über den Antrag der römisch 40, römisch 40, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, vom 13.11.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag "Das BVwG möge im Vergabeverfahren, "Möblierung Projekt Medienstandort Königlberg" des Österreichischen Rundfunks (ORF) die Entscheidung des Auftraggebers vom 03.11.2015, das Angebot der XXXX, auszuscheiden (bekannt gegeben von Wolf Theiss Rechtsanwälte per Fax und E-Mail am 03.11.2015) für nichtig erklären", wird gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG abgewiesen. römisch eins. Der Antrag "Das BVwG möge im Vergabeverfahren, "Möblierung Projekt Medienstandort Königlberg" des Österreichischen Rundfunks (ORF) die Entscheidung des Auftraggebers vom 03.11.2015, das Angebot der römisch 40, auszuscheiden (bekannt gegeben von

Wolf Theiss Rechtsanwälte per Fax und E-Mail am 03.11.2015) für nichtig erklären", wird gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG abgewiesen.

II. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird gemäß § 319 Abs. 1 und Abs. 2 BVergG abgewiesen römisch zwei. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird gemäß Paragraph 319, Absatz eins und Absatz 2, BVergG abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz der XXXX, XXXX (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien vom 13.11.2015 wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Auftraggeber im Hinblick auf das gegenständliche Vergabeverfahren am 27.05.2015 die beabsichtigte Vergabe des Auftrages EU-weit bekannt gemacht habe. Der Auftragswert liege im Hinblick auf das Ergebnis der öffentlichen Angebotsöffnung im Oberschwellenbereich. Das Vergabeverfahren werde als nicht offenes Verfahren mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung durchgeführt. Die Antragstellerin bekämpfe die gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. bb BVergG gesondert anfechtbare Entscheidung des am 03.11.2015 bekannt gegebenen Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin. In Teil A - Besondere Teilnahmebestimmungen würden sich in Pkt. 4.1 Allgemeine Festlegungen zur Eignung und den Nachweisen finden. Demnach seien sämtliche erforderlichen Nachweise in aktueller Fassung vorzulegen. Dies sei bei der Rückstandsbescheinigung der zuständigen Finanzbehörde und bei dem Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt der letztgültige Nachweis. Die übrigen Nachweise dürften zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmefrist nicht älter als sechs Monate sein. Weiters sei in Punkt 4.2.1 des Teils A - Besondere Teilnahmebestimmungen festgelegt, dass zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit unter anderem der letztgültige "Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt oder gleichwertige Dokumente aus dem Herkunftsland des Unternehmers, aus denen hervorgeht, dass das Unternehmen die Verpflichtungen nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen erfüllt, sowie die letztgültige Rückstandsbescheinigung der zuständigen Finanzbehörde oder gleichwertige Dokumente aus dem Herkunftsland des Unternehmers, aus denen hervorgeht, dass das Unternehmen seine Verpflichtungen nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften zur Zahlung von Steuern und Abgaben erfüllt, vorzulegen. Alternativ könne der Bewerber bzw. die benannten Subunternehmer eine Eigenerklärung über das Vorliegen ihrer beruflichen Zuverlässigkeit abgeben. Mit Schriftsatz der römisch 40, römisch 40 (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien vom 13.11.2015 wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Auftraggeber im Hinblick auf das gegenständliche Vergabeverfahren am 27.05.2015 die beabsichtigte Vergabe des Auftrages EU-weit bekannt gemacht habe. Der Auftragswert liege im Hinblick auf das Ergebnis der öffentlichen Angebotsöffnung im Oberschwellenbereich. Das Vergabeverfahren werde als nicht offenes Verfahren mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung durchgeführt. Die Antragstellerin bekämpfe die gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG gesondert anfechtbare Entscheidung des am 03.11.2015 bekannt gegebenen Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin. In Teil A - Besondere Teilnahmebestimmungen würden sich in Pkt. 4.1 Allgemeine Festlegungen zur Eignung und den Nachweisen finden. Demnach seien sämtliche erforderlichen Nachweise in aktueller Fassung vorzulegen. Dies sei bei der Rückstandsbescheinigung der zuständigen Finanzbehörde und bei dem Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt der letztgültige Nachweis. Die übrigen Nachweise dürften zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmefrist nicht älter als sechs Monate sein. Weiters sei in Punkt 4.2.1 des Teils A - Besondere Teilnahmebestimmungen festgelegt, dass zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit unter anderem der letztgültige "Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt oder gleichwertige Dokumente aus dem Herkunftsland des Unternehmers, aus denen hervorgeht, dass das Unternehmen die Verpflichtungen nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen erfüllt, sowie die letztgültige Rückstandsbescheinigung der zuständigen Finanzbehörde oder gleichwertige Dokumente aus dem Herkunftsland des

Unternehmers, aus denen hervorgeht, dass das Unternehmen seine Verpflichtungen nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften zur Zahlung von Steuern und Abgaben erfüllt, vorzulegen. Alternativ könne der Bewerber bzw. die benannten Subunternehmer eine Eigenerklärung über das Vorliegen ihrer beruflichen Zuverlässigkeit abgeben.

Die Antragstellerin habe fristgerecht einen Teilnahmeantrag eingereicht und sei mit Schreiben vom 27.07.2015 zur Angebotslegung eingeladen worden. Gemäß Pkt. 4.1. des Teiles A1 - Besondere Angebotsbestimmungen habe der Bieter im Formblatt B4 die von ihm angebotenen Produkte durch Fotos und erforderliche Produktangaben zu spezifizieren. Im Hinblick auf die anzubietenden Produkte sei in Pkt. A2 des Leistungsverzeichnisses geregelt, dass die Nachlieferung der angebotenen Möbel gewährleistet sein müsse und daher möglichst Serienmöbel angeboten werden sollten. Nach den Festlegungen in Pkt. 4.1.2 lit. a des Teiles A1 - Besondere Angebotsbestimmungen seien für die Zwecke der qualitativen Bewertung des Angebotes im Rahmen der Bewertung des Subzuschlagskriteriums Bemusterung Musterprodukte in der jeweils angegebenen Stückzahl auf einer Musterfläche zur Verfügung zu stellen. Zusätzlich habe der Bieter ergänzende Informationen zu den Musterprodukten gemäß Formblatt B4 zu der jeweils entsprechenden Positionsnummer zu illustrieren und zu beschreiben. Die Antragstellerin habe fristgerecht einen Teilnahmeantrag eingereicht und sei mit Schreiben vom 27.07.2015 zur Angebotslegung eingeladen worden. Gemäß Pkt. 4.1. des Teiles A1 - Besondere Angebotsbestimmungen habe der Bieter im Formblatt B4 die von ihm angebotenen Produkte durch Fotos und erforderliche Produktangaben zu spezifizieren. Im Hinblick auf die anzubietenden Produkte sei in Pkt. A2 des Leistungsverzeichnisses geregelt, dass die Nachlieferung der angebotenen Möbel gewährleistet sein müsse und daher möglichst Serienmöbel angeboten werden sollten. Nach den Festlegungen in Pkt. 4.1.2 Litera a, des Teiles A1 - Besondere Angebotsbestimmungen seien für die Zwecke der qualitativen Bewertung des Angebotes im Rahmen der Bewertung des Subzuschlagskriteriums Bemusterung Musterprodukte in der jeweils angegebenen Stückzahl auf einer Musterfläche zur Verfügung zu stellen. Zusätzlich habe der Bieter ergänzende Informationen zu den Musterprodukten gemäß Formblatt B4 zu der jeweils entsprechenden Positionsnummer zu illustrieren und zu beschreiben.

Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Mit der Anlieferung der Mustermöbel am 07.09.2015 sei dem Auftraggeber von der Antragstellerin ein Infoblatt vorgelegt worden. Mit E-Mail vom 08.09.2015 habe die vergebende Stelle den Inhalt eines mit der Antragstellerin geführten Telefonats zur Aufklärung von Themen für die Bewertungskommissionssitzung zusammengefasst und mit E-Mail vom 09.09.2015 sei der zusammengefasste Telefoninhalt von der Antragstellerin bestätigt worden. Mit Fax und per E-Mail vom 18.09.2015 habe der Auftraggeber der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, nach Ablauf der gesetzlichen Stillhaltefrist das Angebot der XXXX zu erteilen. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Mit der Anlieferung der Mustermöbel am 07.09.2015 sei dem Auftraggeber von der Antragstellerin ein Infoblatt vorgelegt worden. Mit E-Mail vom 08.09.2015 habe die vergebende Stelle den Inhalt eines mit der Antragstellerin geführten Telefonats zur Aufklärung von Themen für die Bewertungskommissionssitzung zusammengefasst und mit E-Mail vom 09.09.2015 sei der zusammengefasste Telefoninhalt von der Antragstellerin bestätigt worden. Mit Fax und per E-Mail vom 18.09.2015 habe der Auftraggeber der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, nach Ablauf der gesetzlichen Stillhaltefrist das Angebot der römisch 40 zu erteilen.

Die Antragstellerin habe gegen die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung fristgerecht einen Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht. Mit Fax vom 16.10.2015 vom Vertreter des Auftraggebers und mit Schreiben vom 19.10.2015 vom Bundesverwaltungsgericht sei die Antragstellerin darüber informiert worden, dass die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 18.09.2015 zurückgezogen werde.

Mit E-Mail vom 03.11.2015 sei der Antragstellerin die jetzt angefochtene Ausscheidensentscheidung übermittelt worden und mitgeteilt worden, dass ihr Angebot aufgrund von Verstößen gegen die Ausschreibungsbestimmungen sowie wegen mangelndem Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit auszuschneiden wäre. Im vorliegenden Fall sei die Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin am 03.11.2015 per E-Mail und per Fax übermittelt worden. Ein Nachprüfungsantrag sei daher bis zum 13.11.2015 einzubringen. Die am 13.11.2015 innerhalb der Amtsstunden des BVwG eingebrachten Anträge seien daher rechtzeitig. Das Interesse der Antragstellerin ergebe sich daraus, dass die Ausführungen der ausgeschriebenen Leistungen in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liege und ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge dieser Auftragsvergabe ein Schaden entstanden sei bzw. zu entstehen drohe. Die Antragstellerin werde durch die vergaberechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers in ihren Rechten auf rechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs. 1 BVergG verletzt. Der Auftraggeber habe in

der Ausscheidensentscheidung angeführt, dass dem Teilnahmeantrag der Antragstellerin keine der in Punkt 4.2.1 des Teil A - Besondere Teilnahmebestimmungen genannten Nachweise für den Subunternehmer XXXX beigelegt worden seien und aus diesem Grunde mit Schreiben vom 24.06.2015 zur Vorlage eines letztgültigen Kontoauszuges der Sozialversicherungsanstalt sowie einer letztgültigen Rückstandsbescheinigung der Finanzbehörde für den namhaft gemachten Subunternehmer aufgefordert worden. Sowohl die Antragstellerin als auch der Subunternehmer hätten mit dem Teilnahmeantrag eine Eigenerklärung zu beruflichen Zuverlässigkeit mit dem dafür vorgesehenen Formblatt B7 abgegeben. Der entsprechend seitens des Auftraggebers erfolgten Aufforderung zur Vorlage der oben genannten Unterlagen sei die Antragstellerin nachgekommen und habe mit Schreiben vom 29.06.2015 die verlangten Nachweise vorgelegt. Diese Aufforderung des Auftraggebers, die Eignungsnachweise aufgrund einer abgegebenen Eigenerklärung nachzureichen sei nicht als Aufforderung zur Mängelbehebung zu qualifizieren. Eine Mängelbehebung bzw. Verbesserung erfolge erst dann, wenn die betreffende Vorlage unvollständig erfolge. Der Auftraggeber wäre daher verpflichtet gewesen, die Antragstellerin unter Fristsetzung zur Behebung des Mangels durch Nachreichung bzw. Vervollständigung der fehlenden Eignungsnachweise aufzufordern. Dies habe der Auftraggeber unterlassen. Selbst wenn die vorgelegten Nachweise ausreichen würden, wäre die Ausscheidensentscheidung daher rechtswidrig. Gemäß § 69 Z 2 BVergG müsse beim nicht offenen Verfahren die Eignung spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. In den Teilnahmeunterlagen, insbesondere im Teil A - Besondere Teilnahmebestimmungen würden sich keine von der gesetzlichen Bestimmung abweichenden Festlegungen finden, wonach das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen bereits zum Zeitpunkt des Schlusstermines für den Eingang der Teilnahmeanträge vorliegen müsse. Die Antragstellerin sei am 27.07.2015 zur Angebotslegung aufgefordert worden. Die Eignung müsse daher spätestens am 27.07.2015 vorliegen. Die Antragstellerin habe dies anhand der auf Aufforderung des Auftraggebers binnen wenigen Tagen vorgelegten Buchungsmitteilung des Finanzamtes vom 01.06.2015 und dem Kontoauszug der XXXX vom 29.06.2015 nachgewiesen. Der in der Ausscheidensentscheidung angeführte Ausschlussgrund liege daher nicht vor. Als die Antragstellerin vom Auftraggeber aufgefordert worden sei, die Nachweise vorzulegen sei ihr aktuellster und somit für sie letztgültiger Nachweis im Hinblick auf die Finanzbehörde die Buchungsmitteilung vom 01.06.2015 vorgelegen. Sei bei einem Nachweis über den Rückstand beim zuständigen Finanzamt ein solcher Rückstand ersichtlich, könne nicht automatisch angenommen werden, dass das betroffene Unternehmen der Verpflichtung zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge sowie der Steuern und Abgaben nicht nachkomme. Stattdessen sei im Einzelfall zu prüfen, worum im jeweiligen Nachweis ein Rückstand aufscheine und in welcher Höhe ein Rückstand vorliege. Die in der Ausscheidensentscheidung aufgestellte Behauptung, der Subunternehmer hätte mangelhafte Nachweise zu beruflichen Zuverlässigkeit vorgelegt und die Antragstellerin hätte somit ihre Eignung nicht nachgewiesen, sei haltlos. Der Auftraggeber habe in Pkt. 4.1.2 lit. b des Teiles A1 im Zusammenhang mit den angebotenen Musterprodukten keinen zwingenden Ausscheidenstatbestand definiert, sondern sich hinsichtlich des Ausscheidens von Angeboten, wenn die angeführten bzw. angebotenen Produkte nicht für die Bemusterung bereit gestellt werden könnten, einen Ermessensspielraum vorbehalten. Tatsächlich sei der Auftraggeber zuvor der Ansicht gewesen, dass die von der Antragstellerin zur Verfügung gestellten Musterprodukte für eine Qualitätsbewertung ausreichen würden. Die Antragstellerin habe die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung bekämpft, worauf sie der Auftraggeber zurückgezogen habe. Nunmehr habe der Auftraggeber seine Meinung geändert und behauptet, dass die Musterprodukte nicht für eine Qualitätsbewertung ausreichen würden. Dass diese Vorgehensweise dem Gebot der sachlichen Ermessensausübung, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung widersprechen würde, sei offensichtlich. Bei rechtskonformer Ermessensübung sei das Angebot der Antragstellerin selbst bei unvollständiger Bemusterung nicht auszuschneiden, da eine Qualitätsbewertung möglich gewesen sei. In den Ausschreibungsunterlagen sei keine Rede davon, dass die Prüfung der Erfüllung der Mindestanforderungen anhand der Musterprodukte erfolgen solle. Aus der Festlegung in Pkt. A2 des Leistungsverzeichnisses sei klar ersichtlich, dass das Anbieten von Serienmöbeln kein Musskriterium darstellen würde, sondern die Bieter auch auf die Anforderungen des Auftraggebers angepasste Möbel anbieten könnten. Daraus resultiere jedoch, dass die Prüfung der Erfüllung der Musskriterien anhand der Musterprodukte gar nicht möglich sei. Das Ausscheiden eines Angebotes mit der Begründung, dass Musterprodukte bestimmte Anforderungen nicht erfüllen würden, sei daher nach den Festlegungen des Auftraggebers nicht möglich. Mit E-Mail vom 03.11.2015 sei der Antragstellerin die jetzt angefochtene Ausscheidensentscheidung übermittelt worden und mitgeteilt worden, dass ihr Angebot aufgrund von Verstößen gegen die Ausschreibungsbestimmungen sowie wegen mangelndem Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit auszuschneiden wäre. Im vorliegenden Fall sei die Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin am 03.11.2015 per E-Mail und per Fax

übermittelt worden. Ein Nachprüfungsantrag sei daher bis zum 13.11.2015 einzubringen. Die am 13.11.2015 innerhalb der Amtsstunden des BVwG eingebrachten Anträge seien daher rechtzeitig. Das Interesse der Antragstellerin ergebe sich daraus, dass die Ausführungen der ausgeschriebenen Leistungen in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liege und ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge dieser Auftragsvergabe ein Schaden entstanden sei bzw. zu entstehen drohe. Die Antragstellerin werde durch die vergaberechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers in ihren Rechten auf rechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVerG verletzt. Der Auftraggeber habe in der Ausscheidensentscheidung angeführt, dass dem Teilnahmeantrag der Antragstellerin keine der in Punkt 4.2.1 des Teil A - Besondere Teilnahmebestimmungen genannten Nachweise für den Subunternehmer römisch 40 beigelegt worden seien und aus diesem Grunde mit Schreiben vom 24.06.2015 zur Vorlage eines letztgültigen Kontoauszuges der Sozialversicherungsanstalt sowie einer letztgültigen Rückstandsbescheinigung der Finanzbehörde für den namhaft gemachten Subunternehmer aufgefordert worden. Sowohl die Antragstellerin als auch der Subunternehmer hätten mit dem Teilnahmeantrag eine Eigenerklärung zu beruflichen Zuverlässigkeit mit dem dafür vorgesehenen Formblatt B7 abgegeben. Der entsprechend seitens des Auftraggebers erfolgten Aufforderung zur Vorlage der oben genannten Unterlagen sei die Antragstellerin nachgekommen und habe mit Schreiben vom 29.06.2015 die verlangten Nachweise vorgelegt. Diese Aufforderung des Auftraggebers, die Eignungsnachweise aufgrund einer abgegebenen Eigenerklärung nachzureichen sei nicht als Aufforderung zur Mängelbehebung zu qualifizieren. Eine Mängelbehebung bzw. Verbesserung erfolge erst dann, wenn die betreffende Vorlage unvollständig erfolge. Der Auftraggeber wäre daher verpflichtet gewesen, die Antragstellerin unter Fristsetzung zur Behebung des Mangels durch Nachreichung bzw. Vervollständigung der fehlenden Eignungsnachweise aufzufordern. Dies habe der Auftraggeber unterlassen. Selbst wenn die vorgelegten Nachweise ausreichen würden, wäre die Ausscheidensentscheidung daher rechtswidrig. Gemäß Paragraph 69, Ziffer 2, BVerG müsse beim nicht offenen Verfahren die Eignung spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. In den Teilnahmeunterlagen, insbesondere im Teil A - Besondere Teilnahmebestimmungen würden sich keine von der gesetzlichen Bestimmung abweichenden Festlegungen finden, wonach das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen bereits zum Zeitpunkt des Schlusstermines für den Eingang der Teilnahmeanträge vorliegen müsse. Die Antragstellerin sei am 27.07.2015 zur Angebotslegung aufgefordert worden. Die Eignung müsse daher spätestens am 27.07.2015 vorliegen. Die Antragstellerin habe dies anhand der auf Aufforderung des Auftraggebers binnen wenigen Tagen vorgelegten Buchungsmitteilung des Finanzamtes vom 01.06.2015 und dem Kontoauszug der römisch 40 vom 29.06.2015 nachgewiesen. Der in der Ausscheidensentscheidung angeführte Ausschlussgrund liege daher nicht vor. Als die Antragstellerin vom Auftraggeber aufgefordert worden sei, die Nachweise vorzulegen sei ihr aktuellster und somit für sie letztgültiger Nachweis im Hinblick auf die Finanzbehörde die Buchungsmitteilung vom 01.06.2015 vorgelegen. Sei bei einem Nachweis über den Rückstand beim zuständigen Finanzamt ein solcher Rückstand ersichtlich, könne nicht automatisch angenommen werden, dass das betroffene Unternehmen der Verpflichtung zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge sowie der Steuern und Abgaben nicht nachkomme. Stattdessen sei im Einzelfall zu prüfen, worum im jeweiligen Nachweis ein Rückstand aufscheine und in welcher Höhe ein Rückstand vorliege. Die in der Ausscheidensentscheidung aufgestellte Behauptung, der Subunternehmer hätte mangelhafte Nachweise zu beruflichen Zuverlässigkeit vorgelegt und die Antragstellerin hätte somit ihre Eignung nicht nachgewiesen, sei haltlos. Der Auftraggeber habe in Pkt. 4.1.2 Litera b, des Teiles A1 im Zusammenhang mit den angebotenen Musterprodukten keinen zwingenden Ausscheidenstatbestand definiert, sondern sich hinsichtlich des Ausscheidens von Angeboten, wenn die angeführten bzw. angebotenen Produkte nicht für die Bemusterung bereit gestellt werden könnten, einen Ermessensspielraum vorbehalten. Tatsächlich sei der Auftraggeber zuvor der Ansicht gewesen, dass die von der Antragstellerin zur Verfügung gestellten Musterprodukte für eine Qualitätsbewertung ausreichen würden. Die Antragstellerin habe die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung bekämpft, worauf sie der Auftraggeber zurückgezogen habe. Nunmehr habe der Auftraggeber seine Meinung geändert und behauptet, dass die Musterprodukte nicht für eine Qualitätsbewertung ausreichen würden. Dass diese Vorgehensweise dem Gebot der sachlichen Ermessensausübung, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung widersprechen würde, sei offensichtlich. Bei rechtskonformer Ermessensübung sei das Angebot der Antragstellerin selbst bei unvollständiger Bemusterung nicht auszuschneiden, da eine Qualitätsbewertung möglich gewesen sei. In den Ausschreibungsunterlagen sei keine Rede davon, dass die Prüfung der Erfüllung der Mindestanforderungen anhand der Musterprodukte erfolgen solle. Aus der Festlegung in Pkt. A2 des Leistungsverzeichnisses sei klar ersichtlich, dass das Anbieten von Serienmöbeln kein Musskriterium darstellen würde, sondern die Bieter auch auf die Anforderungen des Auftraggebers angepasste Möbel

anbieten könnten. Daraus resultiere jedoch, dass die Prüfung der Erfüllung der Musskriterien anhand der Musterprodukte gar nicht möglich sei. Das Ausscheiden eines Angebotes mit der Begründung, dass Musterprodukte bestimmte Anforderungen nicht erfüllen würden, sei daher nach den Festlegungen des Auftraggebers nicht möglich.

In der Ausscheidensentscheidung werde argumentiert, dass das Loungemöbel Einzel-Element (Einsitzer) gemäß Position 4.1.2 des Leistungsverzeichnisses nicht für eine Bemusterung zur Verfügung gestellt worden sei, sondern lediglich ein Dreisitzer angeliefert worden sei. Im Sortiment der Antragstellerin sei als Serienmöbel nur der Zweisitzer vorhanden. Der vom Auftraggeber geforderte Einsitzer sei bei der Antragstellerin nicht als Serienmöbel erhältlich und werde für den Auftraggeber angepasst produziert. Der Antragstellerin sei es nicht möglich gewesen zum geforderten Zeitpunkt den Einsitzer für die Bemusterung und Bewertung zur Verfügung zu stellen. Die Antragstellerin habe im Vorfeld der Bemusterung auf diesen Umstand hingewiesen.

Ein vermeintlicher Ausscheidensgrund werde auch damit argumentiert, dass das Loungemöbel Dreier-Element gemäß Position 4.1.4 des Leistungsverzeichnisses nicht die geforderte Breite von mindestens 230 cm erfüllen würde. Auch dieses Möbelstück habe die Antragstellerin nicht als Serienmöbel in ihrem Sortiment. Es werde für den Auftraggeber angepasst nach dem Muster des Zweisitzers produziert. Auch hier sei es der Antragstellerin nicht möglich gewesen zum geforderten Zeitpunkt den Dreisitzer für die Bemusterung und Bewertung zur Verfügung zu stellen. Das Dreier-Element werde im Falle der Zuschlagserteilung selbstverständlich gemäß den Spezifikationen des Auftraggebers produziert geliefert.

Zur Position 4.3.1 (Einzel-Konzentrationsarbeitsplatz) des Leistungsverzeichnisses werde in der Ausscheidensentscheidung erklärt, dass das angebotene Produkt die geforderte Breite und Tiefe und keine integrierte Beleuchtung aufweisen würde. Tatsächlich habe die Antragstellerin auch für die Bemusterung des Einzelkonzentrationsarbeitsplatzes ein Standardprodukt zur Verfügung gestellt. Daher gelte auch hier das für die Loungemöbel Einzel-Element ausgeführt. Dies zeige, dass der Auftraggeber mit der Ausscheidensentscheidung von seinen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen, wie auch von seinen Vorgaben im Vorfeld der Bemusterung abgewichen sei, weshalb die Ausscheidensentscheidung auch in diesem Punkt rechtswidrig wäre.

Der Auftraggeber verneine in einem weiteren Punkt der Ausscheidensentscheidung, dass die Antragstellerin die Produktangaben mangelhaft spezifiziert hätte. Nirgendwo habe der Auftraggeber festgelegt, welche Produktangaben aus seiner Sicht erforderlich seien. Keinesfalls sei der Auftraggeber berechtigt, jetzt nachträglich Informationen wie Produktlinien und Dimensionierungen als erforderliche Produktangaben zu fordern und Angebote auszuschneiden bei denen solche Produktangaben fehlen würden. Bezüglich der Produktnachweise für Loungemöbel sei anzumerken, dass die Einsitzer und Dreisitzer nicht als Serienmöbel zur Verfügung stünden, sondern den Vorgaben des Auftraggebers angepasst hergestellt würden. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin zum besseren Verständnis und zur besseren Übersicht für den Auftraggeber zusätzlich zur Power-Point Präsentation ein Beiblatt vorgelegt, das einen Auszug der jeweils relevanten Seiten der Power-Point Präsentation samt zusätzlichen Infoblättern enthalte. Die Antragstellerin habe alle angebotenen Produkte unter Beiziehung von Hilfsmitteln wie Beiblätter zum Produktnachweis oder Infoblatt spezifiziert. Dabei habe die Antragstellerin bei Fremdprodukten auch den Hersteller angeführt. Auch die Argumentation, dass bei den linearen Arbeitstischen nicht erkennbar sei, welche Produktlinie angeboten werde, gehe ins Leere, da es sich bei den angebotenen Produkten um Standardprodukte der Antragstellerin handle, da es im Auftragsfall jedenfalls gemäß der Spezifikation des Auftraggebers produziert und geliefert werde.

Mit Schriftsatz vom 17.11.2015 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren

In einer Stellungnahme vom 23.11.2015 führte der Auftraggeber im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin bei Nichtvorliegen der gegenständlichen Ausscheidensgründe im gegenständlichen Vergabeverfahren auf dem dritten Platz gereiht wäre. Auch ohne Ausscheiden ihres Angebotes käme daher eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin nicht in Betracht. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die Antragstellerin ein rechtliches Interesse an der Nichtigerklärung der bekämpften Entscheidung haben solle. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebotes und Zuschlagserteilung auf ihr Angebot verletzt. Auch wenn aber das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden wäre, was nicht der Fall sei, käme eine Zuschlagserteilung auf ihr Angebot aufgrund ihrer Reihung dennoch nicht in Betracht. Hinsichtlich der angebotenen Musterprodukte führe die Antragstellerin aus, der Auftraggeber habe bei der Ausscheidung des Angebotes ein Ermessen gehabt und dieses in

unzulässiger Weise ausgeübt. Die vermeintliche Unzulässigkeit der behaupteten Ermessensentscheidung des Auftraggebers versuche die Antragstellerin mit einer angeblichen Unsachlichkeit zu begründen. Dies ergebe sich daraus, dass der Auftraggeber auf Basis einer tatsächlich erfolgten Bewertung auch des Angebotes der Antragstellerin eine zwischenzeitlich zurückgezogene Zuschlagsentscheidung getroffen habe. Dabei verkenne die Antragstellerin jedoch, dass die konkrete Ausscheidensentscheidung angesichts der Angebotsmängel der Antragstellerin zwingend geboten gewesen sei. Wenn sich ein Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen eine bestimmte Handlung vorbehalte, so komme dem Auftraggeber grundsätzlich ein Ermessensspielraum im Hinblick auf die vorbehaltene Handlung zu. Die Ermessensausübung des Auftraggebers sei jedoch an den Grundsätzen des Vergabeverfahrens zu messen.

Im konkreten Fall hätte die Qualitätsbewertung der Angebote auf Basis der angeführten Musterprodukte bzw. der im Rahmen der Bemusterung zur Verfügung gestellten Musterprodukte zu erfolgen. Würden aber von den Vorgaben der Ausschreibung bzw. des Leistungsverzeichnisses abweichende Musterprodukte zur Verfügung gestellt, so sei keine ausschreibungskonforme und vollständige Qualitätsbewertung auf Basis dieser Musterprodukte möglich und es könne daher keine rechtskonforme Qualitätsbewertung des betreffenden Angebotes stattfinden. Würden diese Musterprodukte, die nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprechen im Rahmen der Bemusterung zur Verfügung gestellt, so seien diese überdies mit den von den anderen Bietern vorgelegten ausschreibungs- bzw. leistungsverzeichniskonformen Musterprodukten nicht vergleichbar. Es mangle sohin auch an der Vergleichbarkeit der Angebote. Eine spätere Nachreichung ausschreibungskonformer Musterprodukte wäre ebenfalls unzulässig, da in diesem Fall dem nachreichenden Bieter mehr Zeit zur Ausarbeitung seines Angebotes zur Vorlage der Musterprodukte zur Verfügung stehen würde. Hinzu komme, dass die angebotenen Produkte vom Bieter im Produktnachweis zu spezifizieren gewesen seien. Bei einer Abweichung zwischen den für die Bemusterung zur Verfügung gestellten Produkten und den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses stelle sich die Situation wie folgt dar:

- -Strichaufzählung
Spezifiziere der Bieter im Produktnachweis das für die Bemusterung zur Verfügung gestellte - nicht ausschreibungskonforme Produkt, so stehe das durch Bemusterung im Produktnachweis angebotene Produkt klar im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen und das Angebot sei daher auszuschneiden.
- -Strichaufzählung
Spezifiziere der Bieter im Produktnachweis aber nicht das bemusterte, sondern ein ausschreibungskonformes Produkt, so liege nicht nur eine ausschreibungswidrige Bemusterung vor, überdies sei das Angebot dann auch widersprüchlich.
- -Strichaufzählung
Zudem verstoße der Bieter in beiden Fällen gegen die Verpflichtung gemäß Punkt 4.1.2b Besondere Angebotsbestimmung die angeführten Musterprodukte für die der Qualitätsbewertung zugrunde liegende Bemusterung bereit zu halten.
- -Strichaufzählung
Darüber hinaus sei, wenn das im Produktnachweis dargestellte Produkt nicht bemustert werde, nicht nachgewiesen, dass der Bieter das im Leistungsverzeichnis spezifizierte Produkt überhaupt gemäß den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses anbieten/herstellen/liefern könne. Eine Aufklärung bzw. Behebung dieses Mangels scheide nach herrschender Rechtsprechung wiederum klar aus, weil der Bieter dann im Nachhinein in Kenntnis der Preise der Mitbewerber sein Angebot ändern bzw. richtigstellen könnte. Eine nachträgliche Angebotsänderung sei unzulässig und scheide demnach eine Verbesserung der vorgelegten Muster aus.
- -Strichaufzählung
Aufgrund der widersprüchlichen Angaben (Abweichung angebotenes bzw. spezifiziertes Produkt und bemustertes Produkt) sei der Angebotsinhalt folglich unbestimmt bzw. uneindeutig und das Angebot insofern wieder nicht vergleichbar.

Für den Auftraggeber habe daher kein Ermessensspielraum bestanden. Das betreffende Angebot sei zwingend auszuschneiden. Zudem sei die bekämpfte Ausscheidensentscheidung insbesondere gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG erfolgt, was in der Ausscheidensentscheidung auch klar bekannt gegeben worden sei. Für den Auftraggeber habe daher

kein Ermessensspielraum bestanden. Das betreffende Angebot sei zwingend auszuscheiden. Zudem sei die bekämpfte Ausscheidensentscheidung insbesondere gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG erfolgt, was in der Ausscheidensentscheidung auch klar bekannt gegeben worden sei.

Bei den Ausscheidensgründen des § 129 Abs. 1 BVergG handle es sich aber um zwingende Ausscheidensgründe, die zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens aufzugreifen seien. Unabhängig davon, ab wann der Ausscheidensgrund im gegenständlichen Fall aufgefallen sei, müsse er bis zum Ende des Vergabeverfahrens jedenfalls aufgegriffen werden. Die Tatsache, dass aufgrund der ausschreibungswidrigen Musterprodukte dennoch eine Bewertung vorgenommen worden sei, ändere daran nichts. Im gegenständlichen Verfahren seien die Musterprodukte bis 04.09.2015 abzugeben gewesen. Das Ende der Angebotsfrist sei am 07.09.2015 gewesen und schon am 09.09.2015 habe die Bewertung durch die Bewertungskommission stattgefunden. Zwischen Abgabe der Musterprodukte bzw. der Angebote und Bewertung sei daher nur ein sehr kurzer Zeitraum gelegen, weshalb zunächst alle Angebote (Musterprodukte) bewertet worden seien, unabhängig davon, ob zu einem späteren Zeitpunkt eines oder mehrere der Angebote auszuscheiden sein würden. Keinesfalls könne durch die Bewertung der Bemusterung der Antragstellerin jedoch gleichsam eine Heilung der dabei bestehenden Mängel erfolgen, wie dies die Antragstellerin offenbar vermute. Die Antragstellerin führe aus, in den Ausschreibungsunterlagen sei keine Rede davon, dass die Prüfung der Erfüllung der Mindestanforderung anhand der Musterprodukte erfolgen solle. Dabei übersehe sie jedoch, dass die bereitstellenden Musterprodukte nicht nur Grundlage für die Qualitätsbewertung seien. Schon in Punkt 2.1. des Rahmenvertrages (Teil A2) der eine der Angebotsgrundlagen darstelle, sei ausdrücklich festgelegt, dass die im Rahmen der Bemusterung geprüfte Qualität der Musterprodukte den Mindestqualitätsstandart der zu liefernden Produkte festlege. Aufgrund der Bemusterung ausschreibungswidriger Produkte würden ausschreibungswidrige Produkte dann auch zum Mindestqualitätsstandart für die Vertragserfüllung. Eine ausschreibungswidrige Bemusterung müsse daher zwangsläufig auch zum Ausscheiden des betreffenden Angebotes führen. Bei den Ausscheidensgründen des Paragraph 129, Absatz eins, BVergG handle es sich aber um zwingende Ausscheidensgründe, die zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens aufzugreifen seien. Unabhängig davon, ab wann der Ausscheidensgrund im gegenständlichen Fall aufgefallen sei, müsse er bis zum Ende des Vergabeverfahrens jedenfalls aufgegriffen werden. Die Tatsache, dass aufgrund der ausschreibungswidrigen Musterprodukte dennoch eine Bewertung vorgenommen worden sei, ändere daran nichts. Im gegenständlichen Verfahren seien die Musterprodukte bis 04.09.2015 abzugeben gewesen. Das Ende der Angebotsfrist sei am 07.09.2015 gewesen und schon am 09.09.2015 habe die Bewertung durch die Bewertungskommission stattgefunden. Zwischen Abgabe der Musterprodukte bzw. der Angebote und Bewertung sei daher nur ein sehr kurzer Zeitraum gelegen, weshalb zunächst alle Angebote (Musterprodukte) bewertet worden seien, unabhängig davon, ob zu einem späteren Zeitpunkt eines oder mehrere der Angebote auszuscheiden sein würden. Keinesfalls könne durch die Bewertung der Bemusterung der Antragstellerin jedoch gleichsam eine Heilung der dabei bestehenden Mängel erfolgen, wie dies die Antragstellerin offenbar vermute. Die Antragstellerin führe aus, in den Ausschreibungsunterlagen sei keine Rede davon, dass die Prüfung der Erfüllung der Mindestanforderung anhand der Musterprodukte erfolgen solle. Dabei übersehe sie jedoch, dass die bereitstellenden Musterprodukte nicht nur Grundlage für die Qualitätsbewertung seien. Schon in Punkt 2.1. des Rahmenvertrages (Teil A2) der eine der Angebotsgrundlagen darstelle, sei ausdrücklich festgelegt, dass die im Rahmen der Bemusterung geprüfte Qualität der Musterprodukte den Mindestqualitätsstandart der zu liefernden Produkte festlege. Aufgrund der Bemusterung ausschreibungswidriger Produkte würden ausschreibungswidrige Produkte dann auch zum Mindestqualitätsstandart für die Vertragserfüllung. Eine ausschreibungswidrige Bemusterung müsse daher zwangsläufig auch zum Ausscheiden des betreffenden Angebotes führen.

Punkt 4.1 der bestandfesten Besonderen Angebotsbestimmungen regle zudem nochmals konkret, was im gegenständlichen Verfahren die zwingenden Angebotsbestandteile seien. Demnach bestehe das Angebot aus dem Preisangebot (Angebotsbestandteil B) und dem qualitativen Angebotsteil (Musterprodukte). In Punkt 4.1.2 der Besonderen Angebotsbestimmungen wiederum sei verpflichtend für die Musterprodukte festgelegt, dass die Musterprodukte des jeweils angebotenen Typs/Fabrikats in der jeweils angegebenen Stückzahl auf einer Musterfläche zur Verfügung zu stellen seien. Zusätzlich habe der Bieter ergänzende Informationen zu den Musterprodukten beizulegen sowie Musterprodukte durch Fotos und alle erforderlichen Produktangaben gemäß Formblatt B4 zu der jeweils entsprechenden Positionsnummer zu illustrieren und zu beschreiben.

Damit sei die ausschreibungskonforme Bemusterung jedenfalls als Angebotsbestandteil festgelegt. Die Formulierung

sind zur Verfügung zu stellen sei unzweifelhaft als zwingende Verpflichtung zu verstehen. Eine Abweichung davon verstoße daher jedenfalls gegen die Ausschreibungsbestimmungen. Das Angebot der Antragstellerin weiche somit von den Angebotsbestimmungen iSd § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ab. Weiters führe die Antragstellerin aus, die Prüfung der Erfüllung der Musskriterien sei anhand der Musterprodukte gar nicht möglich. Dies begründe sie mit einem vermeintlichen Widerspruch zum Leistungsverzeichnis, worin festgelegt sei, dass die Nachlieferbarkeit der angebotenen Möbel gewährleistet sein müsse und daher möglichst Serienmöbel angeboten werden sollten. Aus der dabei verwendeten Formulierung schließe die Antragstellerin zwar richtig, dass auch auf die Anforderungen des Auftraggebers angepasste Möbel geliefert werden dürften. Ein Widerspruch bestehe dabei keineswegs. Die Antragstellerin verkenne, dass die Nachlieferbarkeit genauso sichergestellt werden könne, wie jene von Serienmöbeln. Da dies aber mit einem größeren Aufwand verbunden sei, empfehle der Auftraggeber möglichst die Verwendung von Serienmöbeln. Damit sei die ausschreibungskonforme Bemusterung jedenfalls als Angebotsbestandteil festgelegt. Die Formulierung sind zur Verfügung zu stellen sei unzweifelhaft als zwingende Verpflichtung zu verstehen. Eine Abweichung davon verstoße daher jedenfalls gegen die Ausschreibungsbestimmungen. Das Angebot der Antragstellerin weiche somit von den Angebotsbestimmungen iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ab. Weiters führe die Antragstellerin aus, die Prüfung der Erfüllung der Musskriterien sei anhand der Musterprodukte gar nicht möglich. Dies begründe sie mit einem vermeintlichen Widerspruch zum Leistungsverzeichnis, worin festgelegt sei, dass die Nachlieferbarkeit der angebotenen Möbel gewährleistet sein müsse und daher möglichst Serienmöbel angeboten werden sollten. Aus der dabei verwendeten Formulierung schließe die Antragstellerin zwar richtig, dass auch auf die Anforderungen des Auftraggebers angepasste Möbel geliefert werden dürften. Ein Widerspruch bestehe dabei keineswegs. Die Antragstellerin verkenne, dass die Nachlieferbarkeit genauso sichergestellt werden könne, wie jene von Serienmöbeln. Da dies aber mit einem größeren Aufwand verbunden sei, empfehle der Auftraggeber möglichst die Verwendung von Serienmöbeln.

Die Abweichung der Musterprodukte von den Ausschreibungsbedingungen vermag die Antragstellerin nicht zu entkräften. Stattdessen behaupte sie, der Auftraggeber habe den Abweichungen zugestimmt, was unrichtig sei und auch in keiner Weise nachvollziehbar begründet werde.

Zum Lounge Möbel Einzel-Element behaupte die Antragstellerin im Wesentlichen, die Abweichung der Mustermöbel von den Mindestanforderungen der Ausschreibung sei mit dem Auftraggeber abgestimmt gewesen. Richtig sei aber viel mehr, dass weder die vergebende Stelle noch der Auftraggeber selbst jemals so einer Abweichung zugestimmt habe. In dem angeführten Telefonat vom 08.09.2015 sei die nunmehrige Antragstellerin um Aufklärung zu den angebotenen Produkten ersucht worden und habe daraufhin erklärt, die Produkte nach den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses angeboten zu haben. Der Inhalt dieses Telefonates sei im Anschluss daran per Mail wieder gegeben worden. Darin werde ersichtlich, dass der Auftraggeber lediglich ein Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin gerichtet habe, das aufgrund des schon angesprochenen knappen Zeitraumes zwischen Angebotsabgabe und Bewertung telefonisch erfolgt sei. Die daraufhin erfolgte Aufklärung durch die Antragstellerin wonach ausschreibungskonform angeboten werde, sei von der vergebenden Stelle nicht kommentiert worden und insbesondere nicht bestätigt. Keinesfalls könne daher aus diesem Telefonat eine Zustimmung des Auftraggebers zu einer Abweichung der Bemusterung von den verbindlichen Vorgaben der Ausschreibung abgeleitet werden. Eine Zustimmung zur Abweichung der Bemusterung von den Anforderungen wäre auch nicht zulässig gewesen, da die Mustermöbel eben, anders als von der Antragstellerin permanent unrichtig wiederholt, sowohl auch zur Prüfung der Mindestanforderungen vorgesehen gewesen seien.

Zum Lounge Möbel dreier-Element gestehe die Antragstellerin neuerlich selbst zu von den ihr bekannten Mindestanforderungen der Ausschreibung abgewichen zu sein. Im Kern führe sie dazu aus, die Abweichung von den Anforderungen der Ausschreibung sei aufgrund eines angebrachten Schildes ersichtlich gewesen und daher unproblematisch. Selbst wenn man zugestehen wolle, dass die Abweichung problemlos ersichtlich gewesen sei, ändere dies nichts daran, dass insbesondere weil die Mustermöbel auch Mindestanforderungen für die zu liefernden Produkte festlegen würden, dadurch von den Vorgaben der Ausschreibung abgewichen worden sei.

Zum Einzelkonzentrationsarbeitsplatz und der dabei beispielsweise fehlenden integrierten Beleuchtung oder der unrichtigen Maße argumentiere die Antragstellerin damit, dass es sich dabei nur um Details handle und das Objekt dennoch für die qualitative Bewertung geeignet gewesen sei. Unabhängig davon, dass es sich insbesondere bei den Abmessungen eines Produktes nach Ansicht des Auftraggebers nicht um bloße Details handle, sei das jedenfalls

deshalb unrichtig, weil natürlich jede Abweichung von den Anforderungen einen Verstoß gegen bestandfeste Festlegungen der Ausschreibung bedeute und damit zwingend zum Ausscheiden des Angebotes führen müsse. Insbesondere deshalb, weil die Ausführung der Bemusterung die Mindestqualität für die spätere Leistungserbringung definiere, wäre die Folge des Verzichtes auf bestimmte Details der Bemusterung bei einzelnen Bietern zudem als Bieterungleichbehandlung anzusehen.

Soweit die Antragstellerin schließlich vorbringe, in komplexen Fällen seien die Ausscheidensgründe der betroffenen Bieter vor zu halten, sei zu entgegnen, dass die Ausscheidensgründe im gegenständlichen Fall zwar zahlreich und vielfältig seien, aus rechtlicher Sicht aber nicht komplex. Es handle sich im Gegenteil im Wesentlichen um Eignungsmängel und objektiv nachprüfbare Abweichungen von den Ausschreibungsbedingungen, welche die Antragstellerin auch zugestehe. Es handle sich bei den gegenständlichen Verstößen keinesfalls um behebbare Mängel, zumal eine nachträgliche Änderung der Bemusterung jedenfalls eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung bedeuten würde und von daher keinesfalls zulässig wäre. Insgesamt sei daher festzuhalten, dass die Verstöße der Antragstellerin gegen die Ausschreibungsbestimmungen zwingende Ausscheidenstatbestände erfüllen würden und das Angebot der Antragstellerin rechtmäßig ausgeschieden worden sei bzw. zwingend auszuschneiden gewesen wäre. Die Mangelhaftigkeit der erstatteten Produktangaben selbst stelle die Antragstellerin im Wesentlichen nicht in Abrede. Sie argumentiere dazu jedoch, dass aus den Festlegungen der Ausschreibung, insbesondere aus Punkt 4.1.1 der Besonderen Angebotsbestimmungen für sie nicht klar gewesen sei, welche Angaben zu machen gewesen seien. Die Festlegungen des Auftraggebers zu diesem Punkt seien schwammig gewesen und müsse sich der Auftraggeber daraus ergebende Unklarheiten zurechnen lassen. In diesem Punkt sei zunächst auf Punkt 2.12 der Besonderen Angebotsbestimmungen zu verweisen. Werden daher die Festlegungen zur Spezifikation der Produktangaben für die Antragstellerin, wie sie nunmehr ausführt, tatsächlich unklar gewesen, wäre sie verpflichtet gewesen, dazu eine Aufklärung zu verlangen, um allfällige Unklarheiten zu beseitigen. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin sei nicht nachvollziehbar. Für einen verständigen Bieter sei klar zu verstehen, dass aus den Spezifikationen erkennbar sein müsse, dass die angebotenen Produkte den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses, welches ebenfalls Angebotsgrundlage ist, entsprechen, weshalb die entsprechende Unterlage auch als Produktnachweis bezeichnet sei. Gerade bei Sondermöbeln, die speziell für den Auftraggeber gefertigt werden sollten, sei ein solches Datenblatt aber essentiell, da keine andere Möglichkeit bestehe, die genauen Spezifikationen der einzelnen Produkte zu eruieren. Ebenso sei auf Basis der Ausschreibungsunterlagen unzweifelhaft klar, dass eine Spezifikation, die keine Herstellerbezeichnung enthalte oder nicht definiere, welche von mehreren in Frage kommenden Produktlinien angeboten werde, unzureichend sei. Eine solche Spezifikation genüge keineswegs der Konkretisierungspflicht für ein verbindliches Angebot. Unrichtig sei auch, dass die Formulierung der Ausscheidensentscheidung, wonach es die Antragstellerin in einer Vielzahl von Positionen unterlassen habe, die angebotenen Produkte entsprechend zu spezifizieren zu unbestimmt sei. Es hätte auch zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin geführt, wenn auch nur eine einzige mangelhafte Spezifikation vorgelegen wäre, weil schon dadurch ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorliege, das einen zwingenden Ausscheidensgrund aufweise. Hinsichtlich des mangelnden Nachweises der beruflichen Zuverlässigkeit führe die Antragstellerin aus, der Auftraggeber wäre verpflichtet gewesen die Antragstellerin unter Fristsetzung zur Behebung des Mangels durch Nachreichung bzw. Vervollständigung der fehlenden Eignungsnachweise aufzufordern. Die erfolgte Aufforderung von 24.06.2015 sei dazu nicht ausreichend gewesen, da es sich dabei um keine Aufforderung zur Mängelbehebung gehandelt habe. Die Antragstellerin übersehe dabei aber, dass in der Ausscheidensentscheidung ausdrücklich festgehalten werde, dass nicht das Fehlen oder die Unvollständigkeit von Nachweisen als Ausscheidensgrund aufgegriffen worden sei, sondern die sich aus den vorgelegten Nachweisen ergebende mangelnde Eignung. Eine Aufforderung zur Nachreichung sei daher nicht erforderlich gewesen bzw. hätte am Ergebnis der Prüfung nichts ändern können. Die für den Subunternehmer XXXX vorgelegte Buchungsmitteilung des Finanzamtes habe einen gravierenden Rückstand ausgewiesen, sei aber gleichzeitig mit dem Stempelvermerk bezahlt versehen gewesen. Es habe daher nicht der Nachforderung weiterer Nachweise bedurft um zu erkennen, dass entweder aufgrund des Rückstandes die berufliche Zuverlässigkeit des Subunternehmers nicht gegeben sei, oder der Rückstand zwischenzeitlich tatsächlich bezahlt worden sei und daher entgegen den bestandfesten Festlegungen der besonderen Teilnahmebestimmungen Punkt 4.2.1 nicht die letztgültige Buchungsmitteilung vorgelegt worden sei. In beiden Fällen liege ein zwingender Ausscheidensgrund vor, weshalb eine weitere Aufklärung nicht durchzuführen gewesen sei. Die Antragstellerin führe dazu aus, dass der Begriff letztgültig vom Auftraggeber nicht definiert worden sei und könne

daher vom Bieter interpretiert werden. Die Interpretation der Antragstellerin falle dabei so aus, dass jeweils jener Nachweis als letztgültig anzusehen sei, der dem Bewerber bzw. Subunternehmer als aktuellster Nachweis vorliege. Letztgültig sei zweifellos jener Nachweis, der als aktuellster verfügbar sei. Wolle man der Argumentation der Antragstellerin folgen, wonach jener Nachweis als letztgültig anzusehen sei der dem jeweils Nachweispflichtigen als aktuellster vorliege, hätte es dieser selbst in der Hand zu bestimmen, in welcher Aktualität er geforderte Nachweise vorlege. Zudem wäre die Letztgültigkeit in keiner Weise nachprüfbar, zumal außer dem Nachweispflichtigen selbst wohl niemand mit Gewissheit bestätigen könnte, welches der aktuellste, dem Nachweispflichtigen vorliegende Nachweis sei. Soweit die Antragstellerin schließlich vorbringe, in komplexen Fällen seien die Ausscheidensgründe der betroffenen Bieter vor zu halten, sei zu entgegnen, dass die Ausscheidensgründe im gegenständlichen Fall zwar zahlreich und vielfältig seien, aus rechtlicher Sicht aber nicht komplex. Es handle sich im Gegenteil im Wesentlichen um Eignungsmängel und objektiv nachprüfbare Abweichungen von den Ausschreibungsbedingungen, welche die Antragstellerin auch zugestehe. Es handle sich bei den gegenständlichen Verstößen keinesfalls um behebbare Mängel, zumal eine nachträgliche Änderung der Bemusterung jedenfalls eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung bedeuten würde und von daher keinesfalls zulässig wäre. Insgesamt sei daher festzuhalten, dass die Verstöße der Antragstellerin gegen die Ausschreibungsbestimmungen zwingende Ausscheidenstatbestände erfüllen würden und das Angebot der Antragstellerin rechtmäßig ausgeschieden worden sei bzw. zwingend auszuschneiden gewesen wäre. Die Mangelhaftigkeit der erstatteten Produktangaben selbst stelle die Antragstellerin im Wesentlichen nicht in Abrede. Sie argumentiere dazu jedoch, dass aus den Festlegungen der Ausschreibung, insbesondere aus Punkt 4.1.1 der Besonderen Angebotsbestimmungen für sie nicht klar gewesen sei, welche Angaben zu machen gewesen seien. Die Festlegungen des Auftraggebers zu diesem Punkt seien schwammig gewesen und müsse sich der Auftraggeber daraus ergebende Unklarheiten zurechnen lassen. In diesem Punkt sei zunächst auf Punkt 2.12 der Besonderen Angebotsbestimmungen zu verweisen. Werden daher die Festlegungen zur Spezifikation der Produktangaben für die Antragstellerin, wie sie nunmehr ausführt, tatsächlich unklar gewesen, wäre sie verpflichtet gewesen, dazu eine Aufklärung zu verlangen, um allfällige Unklarheiten zu beseitigen. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin sei nicht nachvollziehbar. Für einen verständigen Bieter sei klar zu verstehen, dass aus den Spezifikationen erkennbar sein müsse, dass die angebotenen Produkte den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses, welches ebenfalls Angebotsgrundlage ist, entsprechen, weshalb die entsprechende Unterlage auch als Produktnachweis bezeichnet sei. Gerade bei Sondermöbeln, die speziell für den Auftraggeber gefertigt werden sollten, sei ein solches Datenblatt aber essentiell, da keine andere Möglichkeit bestehe, die genauen Spezifikationen der einzelnen Produkte zu eruieren. Ebenso sei auf Basis der Ausschreibungsunterlagen unzweifelhaft klar, dass eine Spezifikation, die keine Herstellerbezeichnung enthalte oder nicht definiere, welche von mehreren in Frage kommenden Produktlinien angeboten werde, unzureichend sei. Eine solche Spezifikation genüge keineswegs der Konkretisierungspflicht für ein verbindliches Angebot. Unrichtig sei auch, dass die Formulierung der Ausscheidensentscheidung, wonach es die Antragstellerin in einer Vielzahl von Positionen unterlassen habe, die angebotenen Produkte entsprechend zu spezifizieren zu unbestimmt sei. Es hätte auch zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin geführt, wenn auch nur eine einzige mangelhafte Spezifikation vorgelegen wäre, weil schon dadurch ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorliege, das einen zwingenden Ausscheidensgrund aufweise. Hinsichtlich des mangelnden Nachweises der beruflichen Zuverlässigkeit führe die Antragstellerin aus, der Auftraggeber wäre verpflichtet gewesen die Antragstellerin unter Fristsetzung zur Behebung des Mangels durch Nachreichung bzw. Vervollständigung der fehlenden Eignungsnachweise aufzufordern. Die erfolgte Aufforderung von 24.06.2015 sei dazu nicht ausreichend gewesen, da es sich dabei um keine Aufforderung zur Mängelbehebung gehandelt habe. Die Antragstellerin übersehe dabei aber, dass in der Ausscheidensentscheidung ausdrücklich festgehalten werde, dass nicht das Fehlen oder die Unvollständigkeit von Nachweisen als Ausscheidensgrund aufgegriffen worden sei, sondern die sich aus den vorgelegten Nachweisen ergebende mangelnde Eignung. Eine Aufforderung zur Nachreichung sei daher nicht erforderlich gewesen bzw. hätte am Ergebnis der Prüfung nichts ändern können. Die für den Subunternehmer römisch 40 vorgelegte Buchungsmitteilung des Finanzamtes habe einen gravierenden Rückstand ausgewiesen, sei aber gleichzeitig mit dem Stempelvermerk bezahlt versehen gewesen. Es habe daher nicht der Nachforderung weiterer Nachweise bedurft um zu erkennen, dass entweder aufgrund des Rückstandes die berufliche Zuverlässigkeit des Subunternehmers nicht gegeben sei, oder der Rückstand zwischenzeitlich tatsächlich bezahlt worden sei und daher entgegen den bestandfesten Festlegungen der besonderen Teilnahmebestimmungen Punkt 4.2.1 nicht die letztgültige Buchungsmitteilung vorgelegt worden sei. In beiden Fällen

liege ein zwingender Ausscheidensgrund vor, weshalb eine weitere Aufklärung nicht durchzuführen gewesen sei. Die Antragstellerin führe dazu aus, dass der Begriff letztgültig vom Auftraggeber nicht definiert worden sei und könne daher vom Bieter interpretiert werden. Die Interpretation der Antragstellerin falle dabei so aus, dass jeweils jener Nachweis als letztgültig anzusehen sei, der dem Bewerber bzw. Subunternehmer als aktuellster Nachweis vorliege. Letztgültig sei zweifellos jener Nachweis, der als aktuellster verfügbar sei. Wolle man der Argumentation der Antragstellerin folgen, wonach jener Nachweis als letztgültig anzusehen sei der dem jeweils Nachweispflichtigen als aktuellster vorliege, hätte es dieser selbst in der Hand zu bestimmen, in welcher Aktualität er geforderte Nachweise vorlege. Zudem wäre die Letztgültigkeit in keiner Weise nachprüfbar, zumal außer dem Nachweispflichtigen selbst wohl niemand mit Gewissheit bestätigen könnte, welches der aktuellste, dem Nachweispflichtigen vorliegende Nachweis sei.

Gehe man davon aus, dass der Steuerrückstand des Subunternehmers ,wie angegeben, bei Vorlage tatsächlich bereits bezahlt gewesen sei, wäre daher weder die in der Teilnahmephase vorgelegte Buchungsmitteilung des Finanzamtes vom 01.06.2015 noch die Unbedenklichkeitsbescheinigung der OEGKK vom 20.02.2015 als letztgültig anzusehen.

Das Angebot der Antragstellerin sei auch aus diesem Grunde auszuschneiden, wobei der Auftraggeber aufgrund der Art der vorliegenden Ausscheidensgründe, die vom Gesetz als zwingend definiert seien, diesbezüglich auch kein Ermessen habe.

In einer weiteren Stellungnahme vom 09.12.2015 führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass der Auftraggeber in seiner Stellungnahme vorbringe, dass die Antragstellerin kein rechtliches Interesse an der Nichtigkeitsklärung der Ausscheidungsentscheidung hätte, da sie lediglich auf den 3. Platz zu reihen sei und eine Zuschlagserteilung auf das Angebot der Antragstellerin nicht in Betracht käme. Diese Ansicht sei verfehlt. In Folge des ersten Nachprüfungsantrages der Antragstellerin (GZ W138 2114968) habe der Auftraggeber die auf einer massiv rechtswidrigen Angebotsbewertung basierende Zuschlagsentscheidung zurückgenommen. Eine Reihung der Angebote gebe es daher nicht mehr.

Der Auftraggeber vertrete die Meinung, dass sich aus den vorgelegten Nachweisen die mangelnde Eignung des Subunternehmers XXXX ergeben würde und daher eine Aufforderung zur Nachreichung nicht erforderlich gewesen wäre. Diese Behauptung sei falsch. Die Buchungsmitteilung des Subunternehmers weise weder einen Rückstand auf, noch sei die Auffassung des Auftraggebers, dass nicht die letztgültige Buchungsmitteilung bzw. die letztgültige Unbedenklichkeitsbescheinigung vorgelegt worden sei, zutreffend. Es gehe aus dem Vermerk auf der Buchungsmitteilung "bezahlt" eindeutig hervor, dass die Buchungsmitteilung keinen Rückstand aufweise. Der Auftraggeber wäre bei Unklarheiten im Hinblick auf die Eignungsnachweise der Antragstellerin verpflichtet gewesen, diese zur Mängelbehebung aufzufordern. Dies habe der Auftraggeber vergaberechtswidrig unterlassen. Zur Behauptung des Verstoßes gegen Ausschreibungsbestimmungen im Hinblick auf die Musterprodukte versuche der Auftraggeber die für die Zwecke der qualitativen Bewertung vorgesehene Bemusterung zu einer Bemusterung zum Zwecke der Prüfung auf Erfüllung der Mindestanforderungen umzudeuten. Der Auftraggeber ziehe dabei eine Festlegung im Rahmenvertrag, welche die bemusterte Qualität als vertraglich vereinbarte Mindestqualitätsstandards der Produkte definiere, heran. Dabei übersehe der Auftraggeber jedoch, dass der Rahmenvertrag das Vertragsverhältnis nach Zuschlagserteilung regle und es selbstverständlich zweckmäßig und geboten sei, Eigenschaften, für die im Rahmen der Qualitätsbewertung Punkte vergeben würden, auch als vertraglich verbindlich zu definieren. Der Auftraggeber führe nichts dazu aus, wieso das Angebot der Antragstellerin im September noch gut genug für eine Qualitätsbewertung gewesen sei, jetzt aber der Standpunkt vertreten werde, eine Qualitätsbewertung sei nicht möglich gewesen. Die Antragstellerin habe in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsbestimmungen auf die Anforderungen des Auftraggebers angepasste Möbel angeboten, welche zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bzw. der Bemusterung noch nicht produziert worden seien. Es schließe sich logisch aus, das Anbieten von nicht Serienmöbeln zuzulassen und gleichzeitig zu fordern, dass die Mustermöbel alle Mindestanforderungen erfüllen würden. Bei nicht Serienmöbeln seien die angebotenen Produkte zum Zeitpunkt der Bemusterung noch nicht produziert. Die Antragstellerin habe jene Produktangaben, die für sie als verständige Bieterin erforderlich erachtet worden seien, in ihrem Angebot angegeben. Die Antragstellerin habe alle Informationen, die aus ihrer Sicht relevant und für die Prüfung und Bewertung ihres Angebotes notwendig gewesen wären, bekanntgegeben. Der Auftraggeber habe die erforderlichen Produktangaben nicht näher definiert. Auch wenn der Auftraggeber nach Abgabe der Angebote feststelle, dass die von den Bietern gemachten Angaben nicht seinen Vorstellungen entsprechen würden,

müsse er sich an seine Festlegungen halten und sei nicht berechtigt, nachträglich das Fehlen bestimmter, in der Ausschreibung nicht geforderter, Angaben als Ausschreibungswidrigkeit zu behandeln. Der Auftraggeber vertrete die Meinung, dass sich aus den vorgelegten Nachweisen die mangelnde Eignung des Subunternehmers römisch 40 ergeben würde und daher eine Aufforderung zur Nachreichung nicht erforderlich gewesen wäre. Diese Behauptung sei falsch. Die Buchungsmitteilung des Subunternehmers weise weder einen Rückstand auf, noch sei die Auffassung des Auftraggebers, dass nicht die letztgültige Buchungsmitteilung bzw. die letztgültige Unbedenklichkeitsbescheinigung vorgelegt worden sei, zutreffend. Es gehe aus dem Vermerk auf der Buchungsmitteilung "bezahlt" eindeutig hervor, dass die Buchungsmitteilung keinen Rückstand aufweise. Der Auftraggeber wäre bei Unklarheiten im Hinblick auf die Eignungsnachweise der Antragstellerin verpflichtet gewesen, diese zur Mängelbehebung aufzufordern. Dies habe der Auftraggeber vergaberechtswidrig unterlassen. Zur Behauptung des Verstoßes gegen Ausschreibungsbestimmungen im Hinblick auf die Musterprodukte versuche der Auftraggeber die für die Zwecke der qualitativen Bewertung vorgesehene Bemusterung zu einer Bemusterung zum Zwecke der Prüfung auf Erfüllung der Mindestanforderungen umzudeuten. Der Auftraggeber ziehe dabei eine Festlegung im Rahmenvertrag, welche die bemusterte Qualität als vertraglich vereinbarte Mindestqualitätsstandards der Produkte definiere, heran. Dabei übersehe der Auftraggeber jedoch, dass der Rahmenvertrag das Vertragsverhältnis nach Zuschlagserteilung regle und es selbstverständlich zweckmäßig und geboten sei, Eigenschaften, für die im Rahmen der Qualitätsbewertung Punkte vergeben würden, auch als vertraglich verbindlich zu definieren. Der Auftraggeber führe nichts dazu aus, wieso das Angebot der Antragstellerin im September noch gut genug für eine Qualitätsbewertung gewesen sei, jetzt aber der Standpunkt vertreten werde, eine Qualitätsbewertung sei nicht möglich gewesen. Die Antragstellerin habe in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsbestimmungen auf die Anforderungen des Auftraggebers angepasste Möbel angeboten, welche zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bzw. der Bemusterung noch nicht produziert worden seien. Es schließe sich logisch aus, das Anbieten von nicht Serienmöbeln zuzulassen und gleichzeitig zu fordern, dass die Mustermöbel alle Mindestanforderungen erfüllen würden. Bei nicht Serienmöbeln seien die angebotenen Produkte zum Zeitpunkt der Bemusterung noch nicht produziert. Die Antragstellerin habe jene Produktangaben, die für sie als verständige Bieterin erforderlich erachtet worden seien, in ihrem Angebot angegeben. Die Antragstellerin habe alle Informationen, die aus ihrer Sicht relevant und für die Prüfung und Bewertung ihres Angebotes notwendig gewesen wären, bekanntgegeben. Der Auftraggeber habe die erforderlichen Produktangaben nicht näher definiert. Auch wenn der Auftraggeber nach Abgabe der Angebote feststelle, dass die von den Bietern gemachten Angaben nicht seinen Vorstellungen entsprechen würden, müsse er sich an seine Festlegungen halten und sei nicht berechtigt, nachträglich das Fehlen bestimmter, in der Ausschreibung nicht geforderter, Angaben als Ausschreibungswidrigkeit zu behandeln.

In einer weiteren Stellungnahme vom 11.12.2015 führte der Auftraggeber im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin behaupte, nach der Zurückziehung der Zuschlagsentscheidung an die XXXX gäbe es keine Reihung der Angebote mehr. Die Angebotsbewertung, die unverändert bestehe, sei kein Grund für die Rückziehung der Zuschlagsentscheidung gewesen. Das Wegfallen eines Angebotes führe nicht auch zum Wegfallen der Reihung der übrigen Angebote, sondern bloß zu einer Verschiebung derselben. Bei Wegfall des Angebotes der XXXX wäre daher das Angebot der Antragstellerin dennoch nicht an erster Stelle zu reihen. In einer weiteren Stellungnahme vom 11.12.2015 führte der Auftraggeber im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin behaupte, nach der Zurückziehung der Zuschlagsentscheidung an die römisch 40 gäbe es keine Reihung der Angebote mehr. Die Angebotsbewertung, die unverändert bestehe, sei kein Grund für die Rückziehung der Zuschlagsentscheidung gewesen. Das Wegfallen eines Angebotes führe nicht auch zum Wegfallen der Reihung der übrigen Angebote, sondern bloß zu einer Verschiebung derselben. Bei Wegfall des Angebotes der römisch 40 wäre daher das Angebot der Antragstellerin dennoch nicht an erster Stelle zu reihen.

Wenn die Antragstellerin die Festlegung in Punkt 2.1 des Rahmenvertrages als unerheblich abtue, verkenne sie, dass auch der Rahmenvertrag eine Angebotsgrundlage darstelle. Ein Verstoß gegen Festlegungen im Rahmenvertrag sei daher jedenfalls ein Verstoß gegen die Vorgaben für die Angebotsabgabe. Zudem könne aus der Tatsache, dass die Bemusterung der qualitativen Bewertung diene, keinesfalls abgeleitet werden, dass diese nicht gleichzeitig eine Mindestqualität für die spätere Lieferung festlegen könne. Im gegenständlichen Fall erfülle die Bemusterung diese doppelte Funktion. Eine durchgeführte Bewertung der Bemusterung der Musterprodukte der Antragstellerin könne keinesfalls eine Heilung von Ausschreibungsverstößen eintreten lassen. In den Ausschreibungsunterlagen sei vollkommen unzweifelhaft festgelegt, dass sämtliche Musterprodukte zwingend dem Leistungsverzeichnis entsprechen

müssten. Angebote mit leistungsverzeichniswidriger Bemusterung seien demnach ausschreibungswidrige Angebote. Diese seien auszuschneiden. Da das Leistungsverzeichnis durch Bemusterung und Produktnachweise weiter zu spezifizieren wäre, sei im Rahmenvertrag weiters geregelt, dass der Auftragnehmer die Produktangaben in Formblatt B4 - Produktnachweis sowie die im Rahmen der Bemusterung geprüfte Qualität der Musterprodukte als Mindestqualitätsstandards der zu liefernden Produkte gewährleisten müsste.

Sofern die Antragstellerin speziell anzufertigende Möbel anbiete, wäre sie jedenfalls dazu verpflichtet gewesen, eine entsprechende Bemusterung vorzunehmen. Andernfalls hätte sie es in der Hand im nach hinein, nach Angebotsabgabe, Änderung innerhalb der Bandbreite des Leistungsverzeichnisses vorzunehmen. Im Ergebnis würde der Antragstellerin damit mehr Zeit zur Erstellung ihres Angebotes gewährt als anderen Bietern, was zu einer unzulässigen Verbesserung ihrer Wettbewerbsstellung geführt hätte. Es wäre für den Auftraggeber auch nicht gesichert, welche genauen Maße/Dimensionen die zu liefernden Produkte haben würden.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung am 15.12.2015 wurde von den Parteien und Zeugen im Wesentlichen wie folgt ausgeführt:

"VR Frage an ASt: Ist im Zuge der Ausscheidens Entscheidung die Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukte - Bieter XXXX vom 29.10.2015 sowie die kommentierten Produktnachweise zugegangen?" VR Frage an ASt: Ist im Zuge der Ausscheidens Entscheidung die Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukte - Bieter römisch 40 vom 29.10.2015 sowie die kommentierten Produktnachweise zugegangen?

ASt: Ja.

Z verlassen den Verhandlungssaal.

VR Frage an ASt: Wurde im Zuge der Bemusterung in Position 4.1.2 der geforderte Einsitzer zur Verfügung gestellt?

ASt: Nein, es wurde wie vom AG zugestanden der Zweisitzer bei der Bemusterung zur Verfügung gestellt.

AG: Die Bemusterung eines Zweisitzers wurde Seitens des AG nicht zugestanden. Es gab keinerlei Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Im Übrigen wäre weder Herr XXXX noch Frau XXXX befugt gewesen, eine Änderung der Vorschriften der Bemusterung durchzuführen. Dieses Recht wäre allein dem AG bzw. der vergebenden Stelle zugestanden. Wie mit Unklarheiten und Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen umzugehen ist, regelt Punkt 2.12. der besonderen Angebotsbestimmungen. AG: Die Bemusterung eines Zweisitzers wurde Seitens des AG nicht zugestanden. Es gab keinerlei Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Im Übrigen wäre weder Herr römisch 40 noch Frau römisch 40 befugt gewesen, eine Änderung der Vorschriften der Bemusterung durchzuführen. Dieses Recht wäre allein dem AG bzw. der vergebenden Stelle zugestanden. Wie mit Unklarheiten und Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen umzugehen ist, regelt Punkt 2.12. der besonderen Angebotsbestimmungen.

ASt: Die Abstimmung mit dem AG hat über Herrn XXXX stattgefunden der mit der vergebenden Stelle Rücksprache gehalten hat. Dementsprechend hat die vergebende Stelle mit E-Mail vom 08.09.2015 noch einmal die Vergabekonformität der bemusterten Produkte angefragt und um Bestätigung des entsprechenden Telefonatinhalts ersucht. Diese Bestätigung ist durch Z XXXX unverzüglich durchgeführt worden. ASt: Die Abstimmung mit dem AG hat über Herrn römisch 40 stattgefunden der mit der vergebenden Stelle Rücksprache gehalten hat. Dementsprechend hat die vergebende Stelle mit E-Mail vom 08.09.2015 noch einmal die Vergabekonformität der bemusterten Produkte angefragt und um Bestätigung des entsprechenden Telefonatinhalts ersucht. Diese Bestätigung ist durch Z römisch 40 unverzüglich durchgeführt worden.

AG verweist darauf, dass gemäß den Ausschreibungsbedingungen alleiniger Ansprechpartner die Kanzlei Wolf Theiss in Person von Frau Mag. XXXX ist. AG verweist darauf, dass gemäß den Ausschreibungsbedingungen alleiniger Ansprechpartner die Kanzlei Wolf Theiss in Person von Frau Mag. römisch 40 ist.

ASt: Wird ausdrücklich bestritten und darauf hingewiesen, dass im Zuge der Akteneinsicht seitens der vergebenden Stelle mitgeteilt wurde, dass der Ablauf der Bemusterung insbesondere der Ablauf des Aufbaus über den AG erfolgt ist und daher im Vergabeakt keine Aufzeichnungen zu diesen Vorgängen enthalten sind.

AG: Der Ablauf der Bemusterung hat mit der Frage der zu bemusternden Produkte nichts zu tun.

VR Frage an ASt: Ist es richtig, dass in dem Produktnachweis unter Punkt 4 Loungemöbel/Mittelzonenmöblierung zu Position 4.1.2 keine weiteren Produktbeschreibungen finden?

ASt: Das Produkt wurde bemustert. Im Produktnachweis selbst findet sich keine weitere Produktbeschreibung. Diese hätte jederzeit vom AG nachgefordert werden können. Im Übrigen wird auf die in Punkt 4. Loungemöbel vom ASt allgemein beigelegten Produktinformationen zum angebotenen Produkt verwiesen. Der ASt weist auch darauf hin, dass allein aus der Gestaltung des Foliensatzes zu Punkt 4 Loungemöbel klar ersichtlich ist, dass ein Bieter für alle Untergruppen auch mit einem allgemeinen Produktkatalog die Nachweise führen kann.

VR Frage an ASt: Welcher Produktkatalog ist gemeint?

VR Frage an ASt: Ergibt sich aus dem Produktkatalog der Firma XXXX das die im Leistungsverzeichnis geforderten Abmessungen eingehalten werden? VR Frage an ASt: Ergibt sich aus dem Produktkatalog der Firma römisch 40 das die im Leistungsverzeichnis geforderten Abmessungen eingehalten werden?

ASt: Lieferant XXXX hat dem Bieter bestätigt, dass der Einsitzer ausschreibungskonform hergestellt werden kann. Dieses E-Mail bzw. diese Bestätigung des Herstellers kann jederzeit nachgereicht werden. Beim Einzelsitzer handelt es sich um eine Sonderanfertigung die vom Unternehmen XXXX hergestellt werden wird. ASt: Lieferant römisch 40 hat dem Bieter bestätigt, dass der Einsitzer ausschreibungskonform hergestellt werden kann. Dieses E-Mail bzw. diese Bestätigung des Herstellers kann jederzeit nachgereicht werden. Beim Einzelsitzer handelt es sich um eine Sonderanfertigung die vom Unternehmen römisch 40 hergestellt werden wird.

VR: Die Frage war, ob sich aus dem Produktkatalog die Einhaltung der Größenanforderungen gemäß Leistungsverzeichnis ergibt.

ASt: Dies ergibt sich aus dem Leistungsverzeichnis und wurde auch von der technischen Prüfung bestätigt.

AG: Es war an mehreren Stellen der Ausschreibungsunterlage sowie dem Leistungsverzeichnis verlangt, die angebotenen Produkte in Formblatt B4 zu spezifizieren. Die Beilage eines Produktkatalogs eines Lieferanten oder Subunternehmers war keinesfalls ausreichend. Zu den Loungemöbeln insbesondere zu Position 4.1.2, fehlen jegliche Größenangaben. Wenn verwiesen wird auf den Katalog des Herstellers XXXX, so ist darauf hinzuweisen, dass auch die Größenangaben der dort genannten Produkte nicht mit dem LV übereinstimmen. Bei den Loungemöbeln stimmen nicht nur die Breitenangaben mit dem LV nicht überein sondern auch die im Leistungsverzeichnis angeführte maximale Höhe wird überschritten (145 cm laut LV, 162,7 cm laut Produktkatalog XXXX). AG: Es war an mehreren Stellen der Ausschreibungsunterlage sowie dem Leistungsverzeichnis verlangt, die angebotenen Produkte in Formblatt B4 zu spezifizieren. Die Beilage eines Produktkatalogs eines Lieferanten oder Subunternehmers war keinesfalls ausreichend. Zu den Loungemöbeln insbesondere zu Position 4.1.2, fehlen jegliche Größenangaben. Wenn verwiesen wird auf den Katalog des Herstellers römisch 40, so ist darauf hinzuweisen, dass auch die Größenangaben der dort genannten Produkte nicht mit dem LV übereinstimmen. Bei den Loungemöbeln stimmen nicht nur die Breitenangaben mit dem LV nicht überein sondern auch die im Leistungsverzeichnis angeführte maximale Höhe wird überschritten (145 cm laut LV, 162,7 cm laut Produktkatalog römisch 40).

ASt bestreitet. Der AG versucht nachträglich unklare Begriffe deren er sich bedient hat, nämlich den Begriff "die erforderliche Produktangabe" nunmehr zu Musskriterien zu machen um damit seine Ausscheidensentscheidung zu rechtfertigen. Im Gegensatz zum Vorbringen des AG finden sich in der gesamten Ausschreibungsunterlage keine näheren Definitionen wie die vorbereitete PowerPoint Präsentation zu befüllen ist und welche Angaben der AG für erforderlich hält. Diese Unklarheit geht klar zu Lasten des AG. Im Übrigen wird noch einmal darauf verwiesen, dass es sich bei diesen Produkten um Individualanfertigungen handelt, d.h. das hier gegenständliche Produkt kann exakt auf die Anforderungen des AG produziert werden und wurde dies dem AG auch kommuniziert.

VR Frage an ASt: Ohne nähere Produktangaben z.B. hinsichtlich der Breite und der Höhe des Loungemöbel Einsitzer, wie hätte der AG prüfen sollen ob die angebotenen Produkte die Forderungen des LV einhalten?

ASt: Der AG hat gerade nicht in seiner Ausschreibungsunterlage gefordert, dass alle ausschreibungsgegenständlichen Produkte zu bemustern sind. Für den AG der technisch qualifiziert beraten war musste klar sein, dass die von ihm geforderten Kriterien in der Angebotsphase in der sich sämtliche Büromöbelhersteller Europas in Betriebsferien befinden, lediglich zur Orientierung angeboten werden können. Auch der Umstand, dass für die Bemusterung von

über 50 Produkten von 5 Unternehmen, also in Summe über 250 Produkte lediglich 6 Stunden und 40 Minuten an einem Tag zur Verfügung standen ist klar ersichtlich, dass der AG nur eine Orientierung bekommen wollte und nicht Musskriterien definiert hat.

VR wiederholt nochmals die Frage: Wie hinsichtlich des Loungemöbel Einsitzer der AG prüfen hätte sollen ob die angebotenen Produkte die Forderungen des LV einhalten nachdem sich im Produktnachweis keinerlei Größenangaben finden.

AST: Der AG hat solche Angaben nicht gefordert. Sie sind auch nicht notwendig, da sich diese Angaben im LV finden und vom AST deren Einhaltung auf Nachfrage bestätigt wurde.

Z auf Seite des AST verlassen den Verhandlungssaal um 14:15.

AG: Die AST hat es über weite Strecken verabsäumt, jegliche Produktangaben zu erstatten. Das bei einem Möbelkauf die Größenangaben erforderliche Produktangaben sind, muss einem fachkundigen Möbelhersteller klar sein. Im Übrigen wurden dazu von keinem Bieter Fragen gestellt, insbesondere auch nicht von der AST. Wenn die AST ausführt, dass es sich um Individualanfertigungen handelt, wird aber auch klar, dass sie im Zuge der Bemusterung keine ausschreibungskonformen Musterprodukte zur Verfügung gestellt hat. Von Seiten des AG gab es keinerlei Bestätigung dahingehend, dass die vom LV abweichenden Möbel bemustert hätten werden dürfen.

AST verweist nochmals ausdrücklich darauf, dass im Prüfprotokoll ersichtlich ist, dass nach Ansicht des technischen Prüfers sämtliche Anforderungen erfüllt sind, zumal aus dem Prüfprotokoll ersichtlich ist, dass sämtliche Positionen grün, und damit als erfüllt gekennzeichnet sind.

AG: Die Frage der Rechtskonformität der Bemusterung war unter Heranziehung der technischen Prüfung ausschließlich von der vergebenden Stelle zu beurteilen. Daher sind allfällige Anmerkungen in Entwurfsunterlagen der technischen Prüfung rechtlich unerheblich.

VR Frage an AST: Is es richtig, dass in Position 4.1.4 Loungemöbel Dreierelement mit einer Mindestbreite von 230 cm im Zuge der Bemusterung ein Möbel zur Verfügung gestellt wurde, das den Angaben des LV nicht entspricht? VR Frage an AST: römisch eins es richtig, dass in Position 4.1.4 Loungemöbel Dreierelement mit einer Mindestbreite von 230 cm im Zuge der Bemusterung ein Möbel zur Verfügung gestellt wurde, das den Angaben des LV nicht entspricht?

AST: Ich verweise dazu zu den Ausführungen an obiger Stelle zum Produkt Einzelelement. Der AG hat der von der AST vorgenommenen Art der Bemusterung ausdrücklich zugestimmt. Dementsprechend hat der AST in seinem Konzept auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nur der Zweisitzer bemustert wird. Beweis Z XXXX. AST: Ich verweise dazu zu den Ausführungen an obiger Stelle zum Produkt Einzelelement. Der AG hat der von der AST vorgenommenen Art der Bemusterung ausdrücklich zugestimmt. Dementsprechend hat der AST in seinem Konzept auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nur der Zweisitzer bemustert wird. Beweis Z römisch 40 .

AG: Es gab von Seiten des AG keine Zustimmung zu einer ausschreibungswidrigen Bemusterung.

VR Frage an AST: Ist es richtig, dass gemäß den Herstellerangaben des Herstellers XXXX die geforderte Mindestbreite des Dreierelementes um 34,5 cm unterschritten wird? VR Frage an AST: Ist es richtig, dass gemäß den Herstellerangaben des Herstellers römisch 40 die geforderte Mindestbreite des Dreierelementes um 34,5 cm unterschritten wird?

AST: Das ist nicht richtig. Es wurde ausschreibungskonform angeboten und ausdrücklich vom AG genehmigt.

AG bestreitet.

VR Frage an AST: Ist es richtig, gemäß Position 4.3.1 Einzelkonzentrationsarbeitsplatz eingehaust, dass das zur Bemusterung zur Verfügung gestellte Produkt die im LV geforderten Größen nicht erfüllt und ohne integrierte Beleuchtung bei der Bemusterung zur Verfügung gestellt wurde?

AST: Das ist nicht richtig und wurde vom AG in seinem Prüfbericht als erfüllt bestätigt. Erst zu einem Zeitpunkt als die Bemusterung bereits abgeschlossen war und die bemusterten Produkte abgeholt waren wurden die vom AG nunmehr geltend gemachten Mängel releviert. Diese Mängel sind daher nicht mehr prüfbar.

AG: Neben der integrierten Beleuchtung fehlt auch der verlangte integrierte Strom und Datenanschluss. Weiters fehlt der bemusterte Bildschirm im Produktnachweis, da ja die bemusterten Produkte im Produktnachweis abzubilden

waren. Weiters verweist der Produktnachweis auf mögliche Variationen hinsichtlich Screens und Lautsprechern; dabei handelt es sich wohl um unzulässige technische Alternativangebote.

ASt: Das Vorbringen des AG zeigt, dass er die Prüfung der Angebote nicht einmal hinsichtlich der ASt abgeschlossen hat. Im Gegensatz zum Ausscheidensschreiben vom 03.11.2015 werden weitere in der mündlichen Verhandlung nicht verifizierbare Ausscheidensgründe aufgezeigt zu denen der ASt ad hoc nicht Stellung nehmen kann. Schon aus diesem Grund ist die Ausscheidensentscheidung zurückzunehmen und die allfällige Ausscheidensentscheidung nachzubessern. Nach herrschender Judikatur ist es nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde fehlende Prüfschritte des AG in einem Vergabekontrollverfahren nachzuholen.

AG: Nach herrschender Rechtsprechung ist ein Bieter bereits nach Feststellung eines einzigen unbehebbar Mangel auszuscheiden.

VR Frage an ASt: Ist es richtig, dass in Position 4.3.1 Einzelkonzentrationsarbeitsplatz eingehaust die laut LV geforderte Breite und Tiefe gemäß Herstellerangaben XXXX nicht eingehalten wurden? VR Frage an ASt: Ist es richtig, dass in Position 4.3.1 Einzelkonzentrationsarbeitsplatz eingehaust die laut LV geforderte Breite und Tiefe gemäß Herstellerangaben römisch 40 nicht eingehalten wurden?

ASt: Der ASt hat in seinem Angebot eine Vollständigkeitserklärung abgegeben und hat gegenüber dem AG nochmals bestätigt, dass er alle Anforderungen des LV erfüllt. Dies wurde vom AG in seiner Angebotsprüfung vom 11.09. auch bestätigt.

AG: Es wurde ausschreibungswidrig bemustert; ebenso wurden ausschreibungswidrige Produkte im Produktnachweis angeboten.

VR Frage an ASt: Gibt es bezügl. Punkt 1 Standardarbeitsplatzmöblierung mehrere Produktlinien der ASt?

ASt: Kann die Frage derzeit nicht beantworten und verweist auf Z Herrn XXXX ASt: Kann die Frage derzeit nicht beantworten und verweist auf Z Herrn römisch 40 .

VR Frage an ASt: Kann zu Position 1.1.51 diesbezügliche Angaben gemacht werden?

ASt: Derzeit nicht, es wird auf Z XXXX verwiesen ASt: Derzeit nicht, es wird auf Z römisch 40 verwiesen.

AStV gibt zu erkennen, dass zum derzeitigen Zeitpunkt keine näheren Angaben hinsichtlich der Kommentierungen zu den Produktnachweisen gegeben werden können und verweist diesbezüglich auf Z XXXX. AStV gibt zu erkennen, dass zum derzeitigen Zeitpunkt keine näheren Angaben hinsichtlich der Kommentierungen zu den Produktnachweisen gegeben werden können und verweist diesbezüglich auf Z römisch 40 .

Z XXXXZ römisch 40

VR: Von Seiten der ASt wurde ausgeführt, dass Sie zugesagt hätten, dass anstelle eines Einsitzers bzw. Loungemöbel Dreisitzer das Loungemöbel Zweisitzer für die Bemusterung zur Verfügung gestellt werden kann. Wie hat sich das zugetragen?

Z bestreitet, dass er gegenüber der ASt eine solche Zusage getätigt hat. Dies ist auch nicht in seiner Kompetenz gelegen.

R: Gab es Gespräche über den Umstand der zur Bemusterung zur Verfügung gestellten Loungemöbel?

Z: Am 04.09. war ich zum ersten Mal vor Ort. Ich habe die Örtlichkeit besichtigt wo die Mustermöbel aufgestellt werden sollten und habe dort glaublich am Freitag 04.09. Herrn XXXX von der ASt getroffen, welchen ich aus einem anderen Verfahren bereits kenne. Am 07.09 habe ich in Anwesenheit von Frau XXXX Herrn XXXX nochmals getroffen. Ich habe zu diesem Zeitpunkt die kommissionelle Bemusterung der Mustermöbel vorgenommen. Z: Am 04.09. war ich zum ersten Mal vor Ort. Ich habe die Örtlichkeit besichtigt wo die Mustermöbel aufgestellt werden sollten und habe dort glaublich am Freitag 04.09. Herrn römisch 40 von der ASt getroffen, welchen ich aus einem anderen Verfahren bereits kenne. Am 07.09 habe ich in Anwesenheit von Frau römisch 40 Herrn römisch 40 nochmals getroffen. Ich habe zu diesem Zeitpunkt die kommissionelle Bemusterung der Mustermöbel vorgenommen.

VR: Was wurde mit Herrn XXXX besprochen? VR: Was wurde mit Herrn römisch 40 besprochen?

Z: Herr XXXX hat darauf hingewiesen, dass die Fristen für die Bereitstellung kurz bemessen war. Dies aufgrund der Urlaubszeit. Er wollte auch Möbel aus Italien beziehen. Dies war aufgrund der Urlaubszeit aber nicht möglich. Z: Herr

römisch 40 hat darauf hingewiesen, dass die Fristen für die Bereitstellung kurz bemessen war. Dies aufgrund der Urlaubszeit. Er wollte auch Möbel aus Italien beziehen. Dies war aufgrund der Urlaubszeit aber nicht möglich.

VR: Gab es Gespräche darüber, dass anstelle der ausschreibungsgegenständlich geforderten Mustermöbel Möbel mit anderen Spezifikationen zur Verfügung gestellt werden können?

Z: In dem Gespräch ging es vor allem darum, dass Herr XXXX darauf hingewiesen habe, dass er in der geforderten Zeit nur die zur Bemusterung angelieferten Möbel zur Verfügung stellen konnte. Z: In dem Gespräch ging es vor allem darum, dass Herr römisch 40 darauf hingewiesen habe, dass er in der geforderten Zeit nur die zur Bemusterung angelieferten Möbel zur Verfügung stellen konnte.

VR: Gab es Ihrerseits Zusicherungen hinsichtlich der zu bemusternden Möbel?

Z: Nein.

Frage AST: Was hat Herr XXXX am 04.09. vor Ort gemacht? Frage AST: Was hat Herr römisch 40 am 04.09. vor Ort gemacht?

Z: Er war damit beschäftigt eine Fotodokumentation über die von der AST aufgestellten Mustermöbel zu erstellen. Die Möbel wurden gereinigt und auf deren Darstellung geachtet. Soweit ich mich erinnere hat er auch Produktinformationen welche auf Aufstellern zur Verfügung gestellt wurden, ergänzt.

Frage AST: Sind Sie mit ihm die Produkte durchgegangen um zu überprüfen ob diese ausschreibungskonform wären?

Z: Nein, am 04.09. kann ich mich nicht daran erinnern.

Frage AST: Was denken Sie sich, dass Herr XXXX am 07.09. nach Ablauf der Bemusterungsfrist wieder anwesend war? Frage AST: Was denken Sie sich, dass Herr römisch 40 am 07.09. nach Ablauf der Bemusterungsfrist wieder anwesend war?

Z: Es hat mich verwundert. Da für den Ablauf der Bemusterung ich nicht zuständig war, habe ich mich darum nicht weiter gekümmert.

Frage AST: Können Sie ausschließen, dass Sie Herrn XXXX am 04.09. darauf hingewiesen hätten, dass er ein anderes Mustermöbel zur Verfügung stellen sollte, damit dieses schlussendlich besichtigt werden kann? Konkret geht es um ein Schrankelement. Frage AST: Können Sie ausschließen, dass Sie Herrn römisch 40 am 04.09. darauf hingewiesen hätten, dass er ein anderes Mustermöbel zur Verfügung stellen sollte, damit dieses schlussendlich besichtigt werden kann? Konkret geht es um ein Schrankelement.

Z: Ja, das kann ich ausschließen.

Unter Erinnerung auf die Wahrheitspflicht wird die Frage wiederholt.

Z: Ja, ich schließe dies weiterhin aus. Zum Schrankelement kann ich jedoch noch etwas ausführen. Es war gefordert, dass 4 Elemente aus dem Bereich der Schränke in einer definierten Aufstellung zur Bemusterung zur Verfügung zu stellen sind. Derjenige, der die Elemente aufgestellt hat, hat diese falsch konfiguriert. Herr XXXX hat darauf aufmerksam gemacht und gesagt, dass er dies richtigstellen möchte. Ich habe mich dazu nicht geäußert. Ob hier Mustermöbel ausgetauscht wurden oder nur deren Konfiguration geändert (Möbel oben, Möbel unten) kann ich nicht sagen. Z: Ja, ich schließe dies weiterhin aus. Zum Schrankelement kann ich jedoch noch etwas ausführen. Es war gefordert, dass 4 Elemente aus dem Bereich der Schränke in einer definierten Aufstellung zur Bemusterung zur Verfügung zu stellen sind. Derjenige, der die Elemente aufgestellt hat, hat diese falsch konfiguriert. Herr römisch 40 hat darauf aufmerksam gemacht und gesagt, dass er dies richtigstellen möchte. Ich habe mich dazu nicht geäußert. Ob hier Mustermöbel ausgetauscht wurden oder nur deren Konfiguration geändert (Möbel oben, Möbel unten) kann ich nicht sagen.

Frage AST: Wer hat von Seiten des AG den Aufbau der Mustermöbel überwacht und sichergestellt, dass an den Aufbauten nichts verändert wurde?

Z: Das war in der Verantwortung des ORF. Ich war daran nicht beteiligt.

AST: Die Ladung eines informierten Vertreters des ORF wird zum Beweisthema, dass nach Ablauf der Bemusterungsfrist Veränderungen an der Produktkonfiguration möglich war.

VR: In wie weit hat das mit dem verfahrensgegenständlichen Thema der Ausscheidung des Angebotes der ASt zu tun?

AStV: Nach Informationen der ASt war es möglich zwischen Ende der Bemusterungsfrist mit 04.09. und Beginn der Bemusterung mit 09.09.2015 Nachbesserungen an den bemusterten Möbeln vorzunehmen. Nach Informationen der ASt war es auch am 07.09. noch möglich Bemusterungen von Mitbewerbern uneingeschränkt zu besichtigen und erfolgte keine Kontrolle des AG hinsichtlich Manipulationssicherheit. Dieser Umstand führt zu einem massiven Verstoß gegen die vergaberechtlichen Grundsätze und erfordern bei deren Vorliegen den Widerruf und die Wiederholung der Ausschreibung eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung und Nichtdiskriminierung.

VR Frage an ASt: Hat es nach Ansicht der ASt Manipulationen bzw. Änderungen von wem auch immer an den von der ASt für die Bemusterung zur Verfügung gestellten Möbel gegeben.

ASt: Die ASt selbst hat noch am 07.09. an den Mustermöbeln gearbeitet. Sie kann daher nicht ausschließen, dass auch andere Unternehmen Zugang zu ihren Bemusterungen hatten und Veränderungen vornehmen konnten. Die zur Bemusterung von Seiten der ASt zur Verfügung gestellten Möbel wurden von der ASt selbst abgeändert aber nicht von Dritten. Die ASt hatte zwar irrtümlich aber doch Zugang zu den Bemusterungen eines Mitbewerbers.

AG: Die Räume waren außerhalb der Aufbauzeiten versperrt. Manipulationen haben keine stattgefunden. Abgesehen von der ASt haben auch alle anderen Bieter den Aufbau ihrer Bemusterung bis 04.09.2015 abgeschlossen. Mitarbeiter der ASt wurden am 07.09. bei der Finalisierung ihres Aufbaus angetroffen und in Folge des Raumes verwiesen.

ASt: Sind Sie mit Durchführung von Vergabeverfahren vertraut?

Z: Ja. Ich kann mit den allgemeinen Grundsätzen der Bietergleichbehandlung und der Geheimhaltung vertraut.

ASt: Nachdem Sie ausgesagt haben, dass Sie selbst im Vergabeverfahren keine Entscheidungen treffen konnten, wer war Ihrer Ansicht nach dafür zuständig?

Z: Wir als technisch operative Verfahrensbegleitung haben unsere Informationen der juristischen Verfahrensbegleitung weitergeleitet, welche in Abstimmung mit dem AG die Entscheidungen getroffen hat.

ASt: Haben Sie jemals direkten Kontakt mit dem AG gehabt bzw. gab es Weisungen seitens des AG?

Z: Das ganze Verfahren wurde wie ein Projekt gehandhabt. Die Projektrollen wurden definiert, wir waren für die Erarbeitung des LV und für die technische Prüfung zuständig. Diese Informationen haben wir der juristischen Begleitung zur Verfügung gestellt.

ASt: Waren Sie bei Besprechungen mit dem AG anwesend?

Z: Ich war bei der Kickoffveranstaltung anwesend. Die weiteren Abstimmungen insbesondere des LV haben mit der Kanzlei Wolf Theiss stattgefunden. Ich war bei der Bewertungskommissionssitzung zugegen, nicht jedoch bei der Zuschlagsentscheidung.

ASt hält dem Z den Prüfbericht vom 11.09. vor und erkundigt sich ob der Z diesen verfasst hat.

Z: Ja, dieser Prüfbericht wurde von mir und Frau XXXX gemeinsam verfasst.
Z: Ja, dieser Prüfbericht wurde von mir und Frau Römisch 40 gemeinsam verfasst.

ASt: Warum ist hier alles grün markiert (Ausschreibungskonform)?

Z: Am 07. Und 08.09. waren wir in den Räumlichkeiten unterwegs um die Bewertungskommissionssitzung vorzubereiten. Bei dieser Begehung haben wir Abweichungen der Musterprodukte vom LV festgestellt. Haben dies am 07.09. gegenüber der vergebenden Stelle bekanntgegeben und haben dann von der vergebenden Stelle die Aussage bekommen, dass die Produkte entsprechen würden und haben daher den Prüfbericht auf grün gestellt.

ASt: Wissen Sie, dass es nach der Bestbieterermittlung ein Vergabenachprüfungsverfahren gegeben hat und wer Bestbieter war?

Z: Ja. Das weiß ich.

ASt: Wie hat die vergebende Stelle auf die Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung reagiert und wann haben Sie davon erfahren? Wann hat die vergebende Stelle mit Ihnen Kontakt aufgenommen?

Z: Ich bin am 27.10. von der vergebenden Stelle kontaktiert worden und eine technische Stellungnahme zu den von

uns bereits festgestellten Abweichungen der Musterprodukte vom LV zu erarbeiten. Überdies sollte eine technische Stellungnahme zu den Angaben der ASt in den Produktnachweisen B4 erarbeitet werden. Dieser Auftrag hat die Angebote der Firma XXXX und der ASt umfasst.

AST: Nachdem am 11.09. der Prüfbericht mit grün markiert war, haben Sie am 27.10. aus Ihrer technischen Sicht das Gefühl gehabt, dass die Musterprodukte und Produktnachweise der Ausschreibung nicht entsprechen würden?

Z: Das war nicht meine Aufgabe. Bei dem bemängelten Produkt Einzelkonzentrationsarbeitsplatz hat mir z.B. die geforderte Beleuchtung gefehlt und ist mir der Umstand aufgefallen, dass die Größen nicht den Forderungen gemäß dem LV entsprechen. Für mich war daher nicht konkret überprüfbar wie die Belichtungssituation ausfällt. Da die Größen nicht LV konform waren konnte ich nicht nachvollziehen ob der Arbeitsplatz noch ergonomisch war und wie z.B. die Akustik sich darstellt. Ein weiteres Musterprodukt das beanstandet wurde war das Loungemöbel Einsitzer mit integrierter Arbeitsfläche. Wie wir nunmehr festgestellt haben, wurde zur Bemusterung ein Zweisitzer mit feststehender Arbeitsfläche zur Verfügung gestellt. Auf Grund der größeren Dimensionierung war für mich nicht klärbar, wie die Ergonomie bei einem Einsitzer aussehen würde. Beim Zweisitzer kann ich bequem zum Arbeitsplatz hinzurücken, beim Einsitzer dürfte das schwieriger sein.

AST: Gibt es von Ihnen einen Prüfbericht an die vergebende Stelle der auf diese Umstände hinweist und rot markiert wäre?

Z: Es gibt meine handschriftlichen Notizen auf denen die Abweichungen zur Bemusterung dokumentiert sind und auf Basis deren am 07.09. der vergebenden Stelle die Abweichungen bekanntgegeben wurden. Am 07.09. haben wir 2 Abweichungen zur Bemusterung festgestellt, am 27.10. haben wir dann 3 Abweichungen der Bemusterung zum LV festgestellt. Am 07.09. haben wir auf Grund der Zeitknappheit nur 2 Abweichungen der vergebenden Stelle bekanntgegeben, am 27.10. wurde die 3. Abweichung nämlich die Bemusterung eines Zweisitzers anstelle eines geforderten Dreisitzers festgehalten.

AST: Die weiteren Bemängelungen laut Stellungnahme vom 29.10.2015 sind Ihnen diese nicht bereits am 07.09. aufgefallen?

Z: Am 07. und 08.09. haben wir uns primär auf die Vorbereitung der Bemusterung durch die Kommission konzentriert. Wir sind zu diesem Zeitpunkt davon ausgegangen, dass die Produktnachweise nur sehr kurzfristig von der ASt ausgefüllt wurden. Am 27.10. wurden wir aufgefordert die ASt und XXXX zu überprüfen. Hinsichtlich weiterer Bieter gab es eine solche Aufforderung nicht.

AST: Wissen Sie wann die Bemusterungen abgebaut wurden?

Z: Zum Zeitpunkt 27.10. waren die Mustermöbel nicht mehr vor Ort, wann genau diese entfernt wurden, kann ich nicht angeben.

AST: Haben Sie die Bewertungskommission darauf aufmerksam gemacht, dass die Produktnachweise angeblich nicht ausreichend wären?

Z: Ich habe die Bewertungskommission darauf nicht aufmerksam gemacht. Die Produktnachweise waren auch nicht Gegenstand der Qualitätsbewertung. Soweit ich mich erinnere wurde der erste Vorschlag für den zeitlichen Ablauf der Bemusterung von uns vorgegeben. Auf Grund von Terminproblemen bei den Kommissionsmitgliedern wurde dieser Zeitablauf von der vergebenden Stelle adaptiert.

ASTV: Kann auf Grund der Kürze der Zeit die Vielzahl der zu bemusternden Produkte überhaupt eingehend geprüft werden oder ist nur eine kursorische Sichtung derselben möglich?

Z: Da nicht das gesamte Leistungsverzeichnis bemustert wurde sondern nur die für die Bemusterung zur Verfügung zustellenden Produkte ist aus meiner technischen Sicht eine eingehende Prüfung möglich.

Z XXXXZ römisch 40

Von Seiten der ASt wurde thematisiert, dass seitens der technischen Begleitung in Person des Z XXXX die Zusage erfolgte, vom LV abweichende Musterprodukte zur Bemusterung zur Verfügung zu stellen. Dies bezieht sich auf einen Schrankteil und auf die Bemusterung eines Zweisitzer Loungemöbels anstelle eines Ein bzw. Dreisitzers. Von Seiten der ASt wurde thematisiert, dass seitens der technischen Begleitung in Person des Z römisch 40 die Zusage erfolgte, vom LV abweichende Musterprodukte zur Bemusterung zur Verfügung zu stellen. Dies bezieht sich auf einen Schrankteil

und auf die Bemusterung eines Zweisitzer Loungemöbels anstelle eines Ein bzw. Dreisitzers.

Z: Davon ist mir nichts bekannt.

AST: Haben Sie Erfahrungen mit Vergaben nach dem Bundesvergabegesetz?

Z: Ich persönlich nicht, daher haben wir die vergebende Stelle als juristische Begleiter. Mit der vergebenden Stelle hat es Vorgespräche gegeben und wurde ich auf die wesentlichen Grundsätze eines Vergabeverfahrens hingewiesen, meine primäre Aufgabe war die Erarbeitung des LV und die Überprüfung der Übereinstimmung der Musterprodukte mit den Leistungsanforderungen. In diesem Bereich habe ich Erfahrung und mute mir die diesbezügliche Prüfung zu. In dem gegenständlichen Projekt berichte ich direkt an den Projektleiter, den Eigentümer meines Arbeitgebers. Der Projektleiter hat im gegenständlichen Verfahren direkt der vergebenden Stelle berichtet mit der auch ich Kontakt hatte. Ich selbst habe nicht an Entscheidungen teilgenommen, war aber mit Herrn XXXX bei der Sitzung der Bewertungskommission zugegen. Die Entscheidung für den AG wurde meines Wissens nach von der Bewertungskommission getroffen. Nach Aufhebung der Zuschlagsentscheidung ist meines Wissens nach die Bewertungskommission nicht mehr gesamt zusammen getreten jedoch hat es Besprechungen von Entscheidungsträgern des AG (XXXX und XXXX) mit der vergebenden Stelle gegeben. Aus dem vom AST vorgehaltenen Prüfbericht vom 11.09.2015 welchen ich nicht zusammen mit der XXXX erarbeitet habe ist für mich kein Ausscheidensgrund ersichtlich. Ich habe jedoch am 07.09.2015 zusammen mit dem Z XXXX einen Bericht erstellt in welchem wir auf Abweichungen der Musterprodukte vom LV hingewiesen haben, diesen der vergebenden Stelle übermittelt haben und von dieser die Information erhielten, dass alle Bieter weiterhin im Verfahren verbleiben sollten. Den Prüfbericht vom 07.09.2015 habe ich nicht bei mir, ich werde diesen jedoch im Wege der vergebenden Stelle dem Gericht zumitteln. Die vergebende Stelle wird ersucht den Prüfbericht bis 16.12.2015 15.00 Uhr dem Gericht zu übermitteln. Per Mail an den Vorsitzenden und an die Einlaufstelle. In dem Prüfbericht vom 07.09. wurden außer bei der AST bei glaublich 2 weiteren Bietern Mängel festgestellt. Am 07.09. habe ich zusammen mit dem Z XXXX die Musterprodukte auf Übereinstimmung mit den Forderungen des LV überprüft. Im Zuge der Vorprüfung am 07. Und 08.09. haben wir die Musterprodukte auf Ergonomie, Funktionalität, Formsprache und Materialität überprüft. Wobei die Ergonomie keine Anforderung gemäß LV war. Diese Prüfung war auch bei rund 250 Musterprodukten technisch möglich. Die Produktnachweise selbst wurden auf Grund der Kürze der Zeit nicht näher überprüft. Die Abweichung laut Ausscheidensentscheidung bei den Mustermöbeln wurde jedoch überprüft und erkannt. Als wir am 27.10. von der vergebenden Stelle neuerlich zur Prüfung der Musterprodukte und der Produktnachweise bei der AST aufgefordert wurden, war ich in Kenntnis, dass die AST die Zuschlagsentscheidung beeinsprucht hat, ich habe somit eine vertiefte Prüfung durchgeführt und über die bereits am 07.09. schriftlich festgehaltenen Mängel weitere Abweichungen aufgefunden. Auf Basis der Produktnachweise und den darin vorhandenen Angaben war in den dokumentierten Fällen die Übereinstimmung der Musterprodukte mit den Anforderungen des LV und den Angaben im Produktnachweis nicht objektiv nachvollziehbar. Gemäß dem Auftrag der vergebenden Stelle wurde die AST und XXXXnäher überprüft. Ich kann nicht ausschließen, dass auch andere Bieter nicht alle Anforderungen erfüllen. In dieser Detailgenauigkeit wurden die anderen Bieter nicht überprüft, aber von Seiten der vergebenden Stelle eine solche vertiefte Prüfung in Aussicht gestellt. Ich selbst habe festgestellt, dass nach dem 04.09. die Räumlichkeiten wo die Musterprodukte aufgestellt wurden, von Bietern betreten wurden und wurde Herr XXXX von der AST mit 2 Monteuren auch am 07.09. den Räumlichkeiten verwiesen. Am 07. Und 08.09. habe ich mit Herrn XXXX die Vorbemusterung durchgeführt und haben wir deshalb die Räumlichkeiten aufgesperrt wobei die Räume der AST und XXXXnebeneinander liegen und durch einen Gang verbunden sind. Diese Möglichkeit muss seitens der AST genutzt worden sein um die Räumlichkeiten zu betreten. Z: Ich persönlich nicht, daher haben wir die vergebende Stelle als juristische Begleiter. Mit der vergebenden Stelle hat es Vorgespräche gegeben und wurde ich auf die wesentlichen Grundsätze eines Vergabeverfahrens hingewiesen, meine primäre Aufgabe war die Erarbeitung des LV und die Überprüfung der Übereinstimmung der Musterprodukte mit den Leistungsanforderungen. In diesem Bereich habe ich Erfahrung und mute mir die diesbezügliche Prüfung zu. In dem gegenständlichen Projekt berichte ich direkt an den Projektleiter, den Eigentümer meines Arbeitgebers. Der Projektleiter hat im gegenständlichen Verfahren direkt der vergebenden Stelle berichtet mit der auch ich Kontakt hatte. Ich selbst habe nicht an Entscheidungen teilgenommen, war aber mit Herrn römisch 40 bei der Sitzung der Bewertungskommission zugegen. Die Entscheidung für den AG wurde meines Wissens nach von der Bewertungskommission getroffen. Nach Aufhebung der Zuschlagsentscheidung ist meines Wissens nach die Bewertungskommission nicht mehr gesamt zusammen getreten jedoch hat es Besprechungen von

Entscheidungssträgern des AG (römisch 40 und römisch 40) mit der vergebenden Stelle gegeben. Aus dem vom ASt vorgehaltenen Prüfbericht vom 11.09.2015 welchen ich nicht zusammen mit der römisch 40 erarbeitet habe ist für mich kein Ausscheidensgrund ersichtlich. Ich habe jedoch am 07.09.2015 zusammen mit dem Z römisch 40 einen Bericht erstellt in welchem wir auf Abweichungen der Musterprodukte vom LV hingewiesen haben, diesen der vergebenden Stelle übermittelt haben und von dieser die Information erhielten, dass alle Bieter weiterhin im Verfahren verbleiben sollten. Den Prüfbericht vom 07.09.2015 habe ich nicht bei mir, ich werde diesen jedoch im Wege der vergebenden Stelle dem Gericht zumitteln. Die vergebende Stelle wird ersucht den Prüfbericht bis 16.12.2015 15.00 Uhr dem Gericht zu übermitteln. Per Mail an den Vorsitzenden und an die Einlaufstelle. In dem Prüfbericht vom 07.09. wurden außer bei der ASt bei glaublich 2 weiteren Bietern Mängel festgestellt. Am 07.09. habe ich zusammen mit dem Z römisch 40 die Musterprodukte auf Übereinstimmung mit den Forderungen des LV überprüft. Im Zuge der Vorprüfung am 07. Und 08.09. haben wir die Musterprodukte auf Ergonomie, Funktionalität, Formsprache und Materialität überprüft. Wobei die Ergonomie keine Anforderung gemäß LV war. Diese Prüfung war auch bei rund 250 Musterprodukten technisch möglich. Die Produktnachweise selbst wurden auf Grund der Kürze der Zeit nicht näher überprüft. Die Abweichung laut Ausscheidensentscheidung bei den Mustermöbeln wurde jedoch überprüft und erkannt. Als wir am 27.10. von der vergebenden Stelle neuerlich zur Prüfung der Musterprodukte und der Produktnachweise bei der ASt aufgefordert wurden, war ich in Kenntnis, dass die ASt die Zuschlagsentscheidung beeinträchtigt hat, ich habe somit eine vertiefte Prüfung durchgeführt und über die bereits am 07.09. schriftlich festgehaltenen Mängel weitere Abweichungen aufgefunden. Auf Basis der Produktnachweise und den darin vorhandenen Angaben war in den dokumentierten Fällen die Übereinstimmung der Musterprodukte mit den Anforderungen des LV und den Angaben im Produktnachweis nicht objektiv nachvollziehbar. Gemäß dem Auftrag der vergebenden Stelle wurde die ASt und XXXXnäher überprüft. Ich kann nicht ausschließen, dass auch andere Bieter nicht alle Anforderungen erfüllen. In dieser Detailgenauigkeit wurden die anderen Bieter nicht überprüft, aber von Seiten der vergebenden Stelle eine solche vertiefte Prüfung in Aussicht gestellt. Ich selbst habe festgestellt, dass nach dem 04.09. die Räumlichkeiten wo die Musterprodukte aufgestellt wurden, von Bietern betreten wurden und wurde Herr römisch 40 von der ASt mit 2 Monteuren auch am 07.09. den Räumlichkeiten verwiesen. Am 07. Und 08.09. habe ich mit Herrn römisch 40 die Vorbemusterung durchgeführt und haben wir deshalb die Räumlichkeiten aufgesperrt wobei die Räume der ASt und XXXXnebeneinander liegen und durch einen Gang verbunden sind. Diese Möglichkeit muss seitens der ASt genutzt worden sein um die Räumlichkeiten zu betreten.

Z XXXXZ römisch 40

Im Zuge der Beschäftigung mit den Ausschreibungsunterlagen in konkreter Punkt 4.1.2 der besonderen Angebotsbestimmungen sind wir auf Basis der Formulierung "Angebotenes Produkt bzw. Type/Fabrikat" davon ausgegangen, dass es für die Bemusterung ausreichen würde, Musterprodukte zur Verfügung zu stellen die nicht konkret den Erfordernissen des LV entsprechen aber aus derselben Produktfamilie stammen. Wir gehen daher davon aus, dass es unerheblich sei ob ein Ein oder Dreisitzer Loungemöbel besichtigt wird und damit der zur Verfügung gestellte Zweisitzer den Vorgaben der Ausschreibung entsprechen würde.

VR: Ist aus dem Angebot beigelegten Produktnachweisen insbesondere der Firma XXXX objektiv ersichtlich, dass z.B. die Größenforderungen an die Loungemöbel gemäß LV erfüllt werden? VR: Ist aus dem Angebot beigelegten Produktnachweisen insbesondere der Firma römisch 40 objektiv ersichtlich, dass z.B. die Größenforderungen an die Loungemöbel gemäß LV erfüllt werden?

Z: Für mich und meiner Interpretation der Ausschreibungsunterlagen ist es klar ersichtlich. Die Standardprodukte der Firma XXXX welche in dem dem Produktnachweis angeführt sind entsprechend den Größenforderungen des LV nicht, jedoch würden dies die zu liefernden Produkte welche Sonderanfertigungen sind tun. Die Ausführungen in der Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukte - Bieter XXXX vom 29.10.2015 Seite 4 bis inkl. Seite 13 entsprechen den Tatsachen. Z: Für mich und meiner Interpretation der Ausschreibungsunterlagen ist es klar ersichtlich. Die Standardprodukte der Firma römisch 40 welche in dem dem Produktnachweis angeführt sind entsprechend den Größenforderungen des LV nicht, jedoch würden dies die zu liefernden Produkte welche Sonderanfertigungen sind tun. Die Ausführungen in der Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukte - Bieter römisch 40 vom 29.10.2015 Seite 4 bis inkl. Seite 13 entsprechen den Tatsachen.

VR: Ist es richtig, dass bei der Standardarbeitsplatzmöblierung Seite 14 mehrere Produktlinien gibt?

Z: Ja, das ist richtig. Es war in der Ausschreibung nicht gefordert anzugeben welcher konkreten Produktlinie der symbolhaft abgebildete Arbeitstisch entspringen muss. Die Anforderungen an den Arbeitstisch sind jedoch im LV konkret definiert. Die verschiedenen Produktlinien unterscheiden sich in der qualitativen Ausprägung. Da spezielle Prüfzeichen gefordert wurden können die Anforderungen des LV nur von einer Produktlinie erfüllt werden.

VR: Woraus ergibt sich für den AG welche Produktlinie angeboten wurde?

Z: Eigentlich nur aus dem eingespielten Symbolfoto aus welchem der AG ersehen kann welches konkrete Produkt im Auftragsfall geliefert würde.

AG: Welche Produktlinie wurde konkret kalkuliert?

Z: Von uns wurde Open System kalkuliert. Die anderen Produktlinien könnten die Anforderungen des LV nicht erfüllen. Das eingesetzte Material ist immer kalkulationsrelevant. Ein Produkt mit Bildschirm kostet mehr als ein Produkt ohne Bildschirm. Ein Produkt mit integrierter Beleuchtung kostet im Normalfall mehr als ein Produkt ohne. Dies ist auch bei integrierten Lautsprechern so.

AG: Wenn Ihnen die Positionen 4.1.1. 4.1.3. und 4.1.4 vorgehalten werden und darauf verwiesen wird, dass in der Beschreibung als mögliche Variationen von einem Singlearbeitsplatz bis zu einem Brainstormingbereich mit eingebautem Screen und Lautsprechern welche auch in der symbolhaften Abbildung ersichtlich sind, was wurde von Ihnen konkret kalkuliert?

Z: Kalkuliert wurden die Anforderungen an das Produkt laut LV.

Das im Produktnachweis dargestellte Möbel mit Bildschirm wäre im Auftragsfall nicht geliefert worden, weil es im LV nicht so gefordert war.

ASt: Welche konkreten Zertifikate meinen Sie, die nach den Vorgaben des LV zu erfüllen wären?

Z: Es handelt sich um GS Zertifikate. Welche insbesondere die Langlebigkeit der Möbel nachweisen sollen. Nur das Open System kann diese Anforderungen erfüllen.

VR Fragen an AG: Wurden ausschreibungsgegenständlich die vorgenannten GS Zertifikate konkret gefordert?

AG: Nein.

AG: Nunmehr finden sich an fast allen Positionen des LV entweder Bandbreiten, Mindestgrößen oder Maximalgrößen. Wie ist aus dem Produktnachweis ersichtlich, dass diese Anforderungen eingehalten werden?

Z: Meinem Wissensstand nach gibt es einen direkten Hinweis der jeweiligen Position aus der Powerpoint Präsentation auf die jeweilige Position des LV.

AG: Wie soll der AG die konkreten Größen des angebotenen Produktes erkennen können?

Z: Die zu liefernden Möbel würden sich innerhalb der Bandbreiten des LV bewegen. Die genauen Spezifikationen der zu liefernden Produkte würden erst nach Auftragserteilung in Abstimmung mit dem AG festgelegt werden. Das vorbeschriebene Prozedere ist nicht in der Ausschreibung definiert sondern entspricht meinen Erfahrungen in der Praxis. Würde dann z.B. ein Bildschirm im Auftragsfalle gefordert werden, so würde dies ein Nachtragsangebot bedingen. Bei Position

1.1.51 handelt es sich um ein Produkt welches von der ASt hergestellt wird. Die Loungemöbel würden bei der Firma XXXX zugekauft werden. 1.1.51 handelt es sich um ein Produkt welches von der ASt hergestellt wird. Die Loungemöbel würden bei der Firma römisch 40 zugekauft werden.

ASt: Wurden die Maßtoleranzen welche in Position A2 letzter Absatz des LV angeführt wurden in der Kalkulation berücksichtigt und findet man in der Praxis, bei Anpassungsbedarf des AG damit das Auslangen?

Z: Die Maßtoleranzen wurden berücksichtigt. In der Praxis reichen diese aus.

VR: Warum wurden die Musterprodukte nicht entsprechend den Forderungen des LV für die Bemusterung zur Verfügung gestellt?

Z: Wir waren der Meinung, dass dies nicht gefordert war und die Mustermöbel nur dem jeweiligen Typ entsprechen mussten.

VR: Hätte eine Produktion von Möbeln, welche den Forderungen des LV entsprochen hätten, längere Zeit in Anspruch genommen?

Z: Ja.

VR: Wäre es möglich gewesen diese innerhalb der Zeitvorgaben des AG anzuliefern?

Z: Dies hätte bei den jeweiligen Lieferanten abgefragt werden müssen. Von Seiten des ASt wurde beim AG nicht um eine Verlängerung der Bemusterungsfrist auf Grund der Urlaubszeit angefragt.

AG: Warum haben lediglich 3 Musterprodukte nicht den Anforderungen gemäß LV entsprochen? Sämtliche anderen Musterprodukte jedoch schon.

Z: Von den bemusternden Möbeln stammten rund zwei Drittel von uns selbst, die anderen mussten zugekauft werden. Alles was den Bereich der Loungemöbel und Stühle betrifft geht in den Bereich der Handelsware und stammt nicht von uns.

VR: Warum wurden die eigenen Produkte entsprechend dem LV geliefert?

Z: Weil wir es selbst in der Hand hatten und dort unsere Stärke gesehen haben. Bei diesen Produkten die von uns angeliefert wurden handelt es sich sowohl um Standardprodukte als auch um Sonderanfertigungen. Die von der ASt für die Bemusterung zur Verfügung gestellten Musterprodukte wurden entsprechend dem LV extra für die Bemusterung hergestellt.

ASt: Wann wurden Sie vom AG erstmals darüber in Kenntnis gesetzt, dass etwas mit den Produkten nicht stimmen würde?

Z: Das war beim Aufbau der Fall. Hier wurden wir von Z XXXX darauf aufmerksam gemacht, dass zweimal ein Zweisitzer aufgestellt wurde und dass bei einem Schrankteil Basis und Aufsatzteil vertauscht wurden. Auf meine Frage an Herrn XXXX wie wir hier weiter vorgehen sollen, führte dieser aus, dass wir am 07.09. die Produkte neu konfigurieren sollen damit sämtliche Produkte der Bieter vergleichbar seien. Wir wurden auch von Herrn XXXX darauf hingewiesen, dass es sinnvoll wäre in den Produktinformationen vor Ort nochmals evidend auf die Abweichungen vom LV hinzuweisen. Sowohl in einem persönlichen Gespräch als auch per E-Mail haben wir darauf hingewiesen, dass wir unsere Produkte LV konform anbieten werden. Z: Das war beim Aufbau der Fall. Hier wurden wir von Z römisch 40 darauf aufmerksam gemacht, dass zweimal ein Zweisitzer aufgestellt wurde und dass bei einem Schrankteil Basis und Aufsatzteil vertauscht wurden. Auf meine Frage an Herrn römisch 40 wie wir hier weiter vorgehen sollen, führte dieser aus, dass wir am 07.09. die Produkte neu konfigurieren sollen damit sämtliche Produkte der Bieter vergleichbar seien. Wir wurden auch von Herrn römisch 40 darauf hingewiesen, dass es sinnvoll wäre in den Produktinformationen vor Ort nochmals evidend auf die Abweichungen vom LV hinzuweisen. Sowohl in einem persönlichen Gespräch als auch per E-Mail haben wir darauf hingewiesen, dass wir unsere Produkte LV konform anbieten werden.

AG: Waren Produktdatenblätter der Firma XXXX dem Angebot angeschlossen? AG: Waren Produktdatenblätter der Firma römisch 40 dem Angebot angeschlossen?

Z: Wir haben allgemeine Produktinformationen der Firma XXXX dem Angebot beigelegt. Welche sich jedoch nicht auf konkrete Positionen bezogen haben. Die Produktinformationen beziehen sich auf die Produktfamilie Loungemöbel welche im Produktnachweis abgebildet ist. Z: Wir haben allgemeine Produktinformationen der Firma römisch 40 dem Angebot beigelegt. Welche sich jedoch nicht auf konkrete Positionen bezogen haben. Die Produktinformationen beziehen sich auf die Produktfamilie Loungemöbel welche im Produktnachweis abgebildet ist.

Auf die Einvernahme des Z XXXX wird einvernehmlich verzichtet. Auf die Einvernahme des Z römisch 40 wird einvernehmlich verzichtet.

VR Frage an AG: Konnte die Qualitätsbewertung des Angebotes der ASt mit den zur Verfügung gestellten Produkten ordnungsgemäß durchgeführt werden?

AG: Nein. Zur Darlegung dieser Umstände wurde ein Dokument erarbeitet welches dem Gericht und der ASt zur Verfügung gestellt und zum Akt genommen wird.

Zeugin Mag. XXXX Zeugin Mag. römisch 40

ASt: von den bisherigen Z wurde ausgesagt, dass der Prüfbericht vom 11.09. rote Felder enthalten habe. Wie ist es dazu gekommen, dass der schlussendliche Prüfbericht auf grün gestellt wurde?

Z: Auf diese konkrete Frage nehme ich von meinem Entschlagsrecht Gebrauch.

AG: Das Stellen von rot auf grün des Prüfberichtes erfolgte auf Basis der Vorgaben der vergebenden Stelle.

ASt: Was waren die Hintergründe, dass es nach Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung einen neuerlichen Prüfauftrag bezüglich der ASt und der Firma XXXX gegeben hat?

Z: Nachdem die Zuschlagsentscheidung angefochten wurde, haben wir uns veranlasst gesehen den ursprünglichen Prüfbericht mit den roten Anmerkungen wiederum aufzunehmen und zu vertiefen. Grund dafür war insbesondere, dass wir befürchteten, dass sämtliche weitere Entscheidungen des AG angefochten würden und wir uns veranlasst gesehen haben, die "Querulanten" welche auf Platz 3 und 4 gelegen waren, genau zu prüfen und allfällig auszuschneiden. Ob und gegebenenfalls wann weitere Bieter näher geprüft würden hängt insbesondere von dem Ergebnis der gegenständlichen Nachprüfungsverfahren ab.

Punkt 3. der Ausscheidensentscheidung wird zurückgenommen und ist damit nicht mehr verfahrensgegenständlich.

ASt: Das Beweisverfahren hat ergeben, dass der AG eindeutig gegen das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot durch Zulassung einer Nachbemusterung verstoßen hat. Er hat damit gemäß herrschender Judikatur einen zwingenden Widerrufsgrund gesetzt. Da die Fortsetzung des Vergabeverfahrens durch diesen Verstoß unzulässig ist. Dieser Widerrufsgrund wird insbesondere dadurch verstärkt als der AG sein Ermessen zur Ausscheidensentscheidung willkürlich ausgeübt hat. Dies hat sich insbesondere im Beweisverfahren aus der nicht nachvollziehbaren und auch im Vergabeakt nicht dokumentierten Vorgehensweise hinsichtlich der rechtlichen Würdigung der technischen Prüfberichte ergeben. Der Widerrufsgrund ist auch durch diese Vorgehensweise verwirklicht. Dazu kommt, dass nach dem Beweisverfahren klar ist, dass der AG der Angebotsprüfung nicht abgeschlossen hat und an die Angebote der Bieter unterschiedliche Prüfmaßstäbe angelegt hat. Auch diese Vorgehensweise ist rechtswidrig und muss zu einer Aufhebung der Ausscheidensentscheidung führen. Im Übrigen ist die Antragslegitimation der ASt schon deswegen gegeben da bei einheitlich angewandtem Prüfmaßstab auch die Angebote der übrigen Bieter auszuschneiden wären. Mangels abgeschlossener Prüfung und Bewertung kann der AG der ASt die Antragslegitimation nicht absprechen und müsste zuerst seine Prüfung dazu abschließen. Im Übrigen wird zur Antragslegitimation auf das Vorbringen im Vorverfahren Zuschlagsentscheidung XXXX verwiesen. Daraus ist klar ableitbar, dass bei ordnungsgemäßer Bewertung das Angebot der ASt auf Platz 1 zu reihen gewesen wäre.

ASt: Das Beweisverfahren hat ergeben, dass der AG eindeutig gegen das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot durch Zulassung einer Nachbemusterung verstoßen hat. Er hat damit gemäß herrschender Judikatur einen zwingenden Widerrufsgrund gesetzt. Da die Fortsetzung des Vergabeverfahrens durch diesen Verstoß unzulässig ist. Dieser Widerrufsgrund wird insbesondere dadurch verstärkt als der AG sein Ermessen zur Ausscheidensentscheidung willkürlich ausgeübt hat. Dies hat sich insbesondere im Beweisverfahren aus der nicht nachvollziehbaren und auch im Vergabeakt nicht dokumentierten Vorgehensweise hinsichtlich der rechtlichen Würdigung der technischen Prüfberichte ergeben. Der Widerrufsgrund ist auch durch diese Vorgehensweise verwirklicht. Dazu kommt, dass nach dem Beweisverfahren klar ist, dass der AG der Angebotsprüfung nicht abgeschlossen hat und an die Angebote der Bieter unterschiedliche Prüfmaßstäbe angelegt hat. Auch diese Vorgehensweise ist rechtswidrig und muss zu einer Aufhebung der Ausscheidensentscheidung führen. Im Übrigen ist die Antragslegitimation der ASt schon deswegen gegeben da bei einheitlich angewandtem Prüfmaßstab auch die Angebote der übrigen Bieter auszuschneiden wären. Mangels abgeschlossener Prüfung und Bewertung kann der AG der ASt die Antragslegitimation nicht absprechen und müsste zuerst seine Prüfung dazu abschließen. Im Übrigen wird zur Antragslegitimation auf das Vorbringen im Vorverfahren Zuschlagsentscheidung römisch 40 verwiesen. Daraus ist klar ableitbar, dass bei ordnungsgemäßer Bewertung das Angebot der ASt auf Platz 1 zu reihen gewesen wäre.

Die AG hat keinen Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung begangen. Die ASt wurde bei ihrer eigenmächtigen Fortsetzung des Aufbaues zur Bemusterung des Raumes verwiesen. Im Übrigen wäre die ASt durch eine zusätzliche Zeit zum Aufbau der Bemusterung gar nicht beschwert, sondern wenn, dann bevorteilt. Einen allfälligen Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung hat die AG durch das Ausscheiden der ASt ohnedies saniert.

Der beantragten Einvernahme eines informierten Vertreters des ORF zum Nachweis der behaupteten Ungleichbehandlung der Bieter im Bewertungsprozess wird seitens des Senats nicht entsprochen."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Auf Grund der vorgelegten Stellungnahmen, sowie der bezugnehmenden Beilagen, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2015 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber führt unter der Bezeichnung "Möblierung Projekt Medienstandort Königlberg" ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwabenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Beim Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag. Am 03.11.2015 ist der Antragstellerin die Ausscheidung ihres Angebotes mitgeteilt worden. Die Antragstellerin hat am 13.11.2015 mit Schriftsatz vom selben Tag einen gegen die Ausscheidungsentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung eingebracht. Der Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist gegeben.

Die Erlassung der beantragten Einstweiligen Verfügung wurde mit Beschluss des BVwG vom 20.11.2015, W138 2117131-1/2E abgewiesen.

Die entscheidungswesentlichen Bestimmungen der den Bietern vom Auftraggeber im Rahmen des Vergabeverfahrens zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen lauten wie folgt:

"Teil A1-Besondere Angebotsbestimmungen:

[...]

1.2 Leistungsgegenstand

Der Gegenstand der Ausschreibung besteht im Abschluss eines Rahmenvertrags über die Lieferung und Montage von Büromöbeln samt Nebenleistungen (insbesondere Entsorgung von Verpackungsmaterial) für den Medienstandort Königlberg des ORF. Die konkreten Leistungen ergeben sich aus den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere aus dem Teil A2 - Rahmenvertrag sowie aus dem Leistungsverzeichnis (Anlage .1 zum Rahmenvertrag).

2.12 Widersprüche, Unklarheiten, Vorbehalte, Anfragen

[...]

Allfällige Widersprüche, Unklarheiten, Unvollständigkeiten oder sonstige Bedenken gegen die Ausschreibungsunterlagen sowie Fragen zum gegenständlichen Vergabeverfahren oder betreffend die Ausschreibungsunterlagen sind umgehend, spätestens jedoch bis zu dem am Deckblatt für Anfragen genannten Zeitpunkt ausschließlich schriftlich in deutscher Sprache per E-Mail oder in Ausnahmefällen per Telefax an die vergebende Stelle zu richten. Bei später einlangenden Aufklärungsersuchen ist eine rechtzeitige Beantwortung nicht gewährleistet.

[...]

4. DAS ANGEBOT

4.1 Angebotsbestandteile

Das Angebot besteht aus dem Preisangebot (Angebotsbestandteile Teil B) und dem qualitativen Angebotsteil ("Musterprodukte", siehe hierzu Punkt

4.1.2 und "Konzept,

siehe hierzu Punkt 4.1.3). Nach Prüfung und Bewertung des qualitativen

Angebotsteils durch die Bewertungskommission wird der Bestbieter anhand der

Zuschlagskriterien gemäß Punkt 6.1 ermittelt.

4.1.1 Preisangebot

[...]

Darüber hinaus hat der Bieter im Formblatt B4 - Produktnachweis die von ihm angebotenen Produkte durch Fotos und erforderliche Produktangaben zu spezifizieren.

[...]

4.1.2 Musterprodukte

(a) Produkte

Für die Zwecke der qualitativen Bewertung des Angebotes im Rahmen der Bewertung des (Sub-)Zuschlagskriteriums "Bemusterung" sind folgende Musterprodukte (des jeweils angebotenen Typs/Fabrikats) in der jeweils angegebenen Stückzahl auf einer Musterfläche zur Verfügung zu stellen:

Bereitzustellendes Musterprodukt Beschreibung (Tabelle nicht darstellbar)

Standard Arbeitsplatzmöblierung Siehe Punkt B.1.1 des Leistungsverzeichnisses

Besprechungstische / Konferenztische Siehe Punkt B.1.1 des Leistungsverzeichnisses

Bürodrehstühle, Besucherstühle und

Besprechungsraumstühle Siehe Punkt B.1.1 des Leistungsverzeichnisses

Loungemöbel / Mittelzonenmöblierung Siehe Punkt B.1.1 des Leistungsverzeichnisses

Zusätzlich hat der Bieter (digital als *.pdf-Datei sowie zweifach als Sammelmappe) ergänzende Informationen zu den Musterprodukten wie zB Nachhaltigkeitsbericht, produktbezogene Zertifikate, Reinigungs- und Pflegehinweise beizulegen sowie die Musterprodukte durch Fotos und alle erforderlichen Produktangaben gemäß Formblatt B4 zu der jeweils entsprechenden Positionsnummern zu illustrieren und zu beschreiben.

(b) Abgabetermin Musterprodukte

Die Anlieferung sowie der Aufbau der Musterprodukte hat in der KW 36 (31.8.2015-4.9.2015) zu erfolgen; es ist von einer Zurverfügungstellungsdauer bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens auszugehen. Die Bieter verpflichten sich, die angeführten Musterprodukte für eine Bemusterung bereitzuhalten. Ist es einem Bieter nicht möglich, die angeführten bzw angebotenen Musterprodukte für eine Bemusterung zur Verfügung zu stellen, behält sich der AG vor, dessen Angebot auszuscheiden.

[...]

4.7 Formale und inhaltliche Prüfung der Angebote

Die fristgerecht eingereichten Angebote werden nach deren Öffnung zunächst vom AG einer formalen und inhaltlichen Prüfung hinsichtlich der Ausschreibungskonformität unterzogen. Ergeben sich bei dieser Prüfung

Unklarheiten oder Mängel, wird der AG - soweit diese Mängel bzw Unklarheiten

behebbar sind bzw aufgeklärt werden können - entsprechend § 126 BVergG behebbar sind bzw aufgeklärt werden können - entsprechend Paragraph 126, BVergG

vorgehen. Sofern vom AG bei einzelnen Angeboten ein Ausscheidensgrund (etwa aufgrund eines unbehebbaeren, nicht behobenen oder nicht aufgeklärten Mangels) festgestellt wird, werden die entsprechenden mit dem Ausscheidensgrund behafteten Angebote ausgeschieden.

6.2.2 (Sub-)Zuschlagskriterium "Bemusterung"

Die Bewertung anhand des (Sub-)Zuschlagskriteriums "Bemusterung" wird von der Bewertungskommission wie folgt vorgenommen:

Die bemusterten Elemente der folgenden Bewertungsgruppen:

1. Standard Arbeitsplatzmöblierung
2. Besprechungstische / Konferenztische
3. Bürodrehstühle, Besucherstühle und Besprechungsraumstühle
4. Loungemöbel / Mittelzonenmöblierung

werden nach folgenden Kriterien beurteilt.

(a) Kriterium: Funktionalität

Die bemusterten Produkte weisen hinsichtlich der Handhabbarkeit, der Bedienbarkeit, der Sicherheit und der Wartungsfreundlichkeit hohe Standards auf und sind bezüglich des täglichen Gebrauches leicht und rasch verständlich. Dies wird insbesondere anhand nachfolgender Parameter (nicht im Sinne von Sub- bzw Sub-Subzuschlagskriterien) wie folgt ermittelt:

- o Die jeweiligen Verstell- und Anpassmöglichkeiten sind für den Benutzer leicht zu finden.
- o Die Bedienung erfolgt ohne Verletzungsrisiko (zB Arretierungen bei Offenhaltefunktionen, Vorrichtungen bei Schiebetüren gegen Quetschungen, scharfe Kanten, spitze Ecken)
- o Reparaturen und der Austausch von Ersatzteilen sind einfach durchzuführen. (zB für den Austausch eines kaputten Stellwand-Stoffes muss nicht die gesamte Stellwandkombination demontiert werden)
- o Die verwendeten Materialien sind leicht und umweltverträglich zu reinigen.
- o Der nachträgliche Anbau von Zusatzelementen ist einfach durchzuführen (zB Tischaufsätze, Sichtrückwände, Deckplatten)

(b) Kriterium: Formale Qualität

Die Logik im konstruktiven Aufbau ist schlüssig und die formale Ausarbeitung ist folgerichtig. Die Form ist verhältnismäßig gegenüber der

Funktion. Dies wird unter anderem wie folgt ermittelt:

- o Gestelldimensionen stehen in einem angemessenen Verhältnis zu den Belastungsanforderungen (keine Überdimensionierungen)
- o Fußausleger und Standfüße sind der Anforderung entsprechend dimensioniert.
- o Formensprache zieht sich durch die gesamte Modellreihe (zB gleiche Gestellformen, Materialrundungen, Materialitäten für Füße, Gestelle, Platten, Bedienelemente).
- o Die jeweiligen Bedienelemente für Verstell- und Anpassmöglichkeiten sind in ihrer Form und Dimensionierung den jeweiligen Möbelementen angepasst. (zB Kurbel zur Höhenverstellung ist in Bezug auf die Dimension des Tischgestells und der Tischplatte, Griffleisten bei Schränken).
- o Ausführung der sichtbaren Kanten (zB keine offenen Fugen bei Eckausbildung)

(c) Kriterium: Ergonomie

Die Produkte sind in angemessener Weise für die Anforderungen des Benutzers geeignet. Dies wird unter anderem wie folgt ermittelt:

- o Die Erreichbarkeit und Positionierung von Bedienteilen ist leicht zugänglich. (zB Schließzylinder bei Schiebetürschränken, Kurbel /elektr. Bedienelement bei höhenverstellbaren Tischen, Griffleisten, Hebel bei Schiebepplatten)
- o Die Maßeinheiten bei höhenverstellbaren Elementen ist bei Bedienung klar ersichtlich
- o Die natürliche Körperhaltung bei verschiedenen Positionen wird durch das jeweilige Produkt nicht beeinträchtigt (zB Beinfreiheit beim Sitzen bei Tischen, Ellbogenfreiheit bei hohen Seitenwänden)
- o Bedienkräfte von Hebeln, Kurbeln, Schiebe-/ Drehelemente sind ihrer Funktion angemessen. (zB leichtgängige Einhand-Bedienung von Kurbeln, Türen, Hebeln für höhenverstellbare Tische)

(d) Kriterium: Langlebigkeit

Die Produkte sind sowohl in ihrer materiellen wie auch in ihrer formalen Beschaffenheit auf eine lange Lebensdauer angelegt. Dies wird unter anderem wie folgt ermittelt:

- o Formstabile Bedienelemente (Hebel, Kurbel, Griffleisten, Bruchanfälligkeit von mehrmals gebogenen Kunststoffteilen)
- o Stabile Kanten (zB kein Kantenbrechen, UV-Beständigkeit) - Qualität des Kantenschutzes in Verbindung mit dem optischen

Eindruck

o Möbel sind für mehrmalige Manipulation (zB ins Lager / vom Lager) geplant und konstruiert.

o Möbel sind geeignet für mehrmalige Umkonfiguration und ohne Gebrauchsspuren (Querrollladen von Grundschränken auf Aufsatzschränke umbauen, Ab-/ Aufbau von Konferenztischen)

o Gleit- und Rollenlager (z.B. bei Schiebetüren) sind robust und passgenau ausgeführt"

[...]

"Teil A2-Rahmenvertrag

[...]

2. LEISTUNG

2.1 Leistungsgegenstand

Gegenstand der Ausschreibung ist die Lieferung und Montage von Büromöbeln für das Projekt Medienstandort Königsberg auf Basis eines Rahmenvertrages. Die konkreten Leistungen ergeben sich aus den Anlagen, insbesondere dem Leistungsverzeichnis (Anlage .1). Die vom AN in Formblatt B4 - Produktnachweis gemachten Produktangaben sowie die im Rahmen der Bemusterung geprüfte Qualität der Musterprodukte stellen den Mindestqualitätsstandard der zu liefernden Produkte dar."

"Leistungsverzeichnis

[...]

Qualitätskriterien

Sämtliche Forderungen in der Leistungsbeschreibung verstehen sich, als "Mindestforderungen" und müssen somit zumindest erfüllt werden.

[...]

A.1.2 Produktangaben

Die vom Bieter angebotenen Produkte sind durch Fotos und alle erforderlichen Produktangaben in der beigelegten Powerpoint-Präsentation "Produktangaben" zu den jeweils entsprechenden Positionsnummern zu illustrieren und zu beschreiben."

[...]

B.1 Bemusterung

Die nachfolgend zur Bemusterung angeführten Musterprodukte sind kostenlos an einem vom Auftraggeber bestimmten Termin und Ort (siehe Besondere Angebotsbestimmungen) durch Musterstücke, die der beschriebenen Spezifikation entsprechen, für eine Bemusterung bereit zu stellen.

Diese Bemusterung bildet die Basis für die Bewertung durch die Bewertungskommission (siehe Besondere Angebotsbestimmungen).

Die zur Bemusterung bereitzustellenden Positionen samt allfälligen Konfigurationserfordernissen sind unter Punkt B.1.1 angeführt. Zur Feststellung der Erfüllung gültigen Normen sowie geforderter Qualitäten und Anforderungen können Belastungs- und Werkstoffprüfungen vorgenommen werden, die gegebenenfalls auch zerstörend sein können.

B.1.1 Musterprodukte

Im Rahmen der gegenständlichen Möbelausschreibung zu bemusternde Produkte:

[...]

Loungemöbel / Mittelzonenmöblierung

4.1.2 Loungemöbel Einzel-Element mit integriertem/r Tisch/ Arbeitsfläche

4.1.4 Loungemöbel Dreier Element

[...]

4.3.1 Einzel-Konzentrationsarbeitsplatz; eingehaust

[...]

4 Loungemöbel / Mittelzonenmöblierung

Die nachfolgend angeführten Daten stellen eine Mindestanforderung an die ausgeschriebenen Loungemöbel / Mittelzonenmöblierung dar. Sämtliche Oberflächen müssen mit einem handelsüblichen Reinigungsmittel behandelbar sein.

Alle Möbel müssen optisch (insbesondere Oberfläche, Farbe und verwendete Stoffe) aufeinander abgestimmt sein. Textil bespannte Elemente und ggf. weitere textile Oberflächen müssen dementsprechend mit aufeinander, abgestimmten textilen Materialien und Farben ausgeführt sein.

4.1 Loungemöbel

4.1.1 Loungemöbel Einzel-Element

Ausführung Loungemöbel allgemein

Sofa mit hoher/n Rücken- und Seitenlehne/n für optische und akustische Abschirmung

Polsterung der Sitzfläche in einer festeren Ausführung, die bequemes Sitzen in einer aufrechteren Arbeitshaltung ermöglicht

kompaktes Gesamtbild

Gestell/ Füße

Material: Metall

Oberfläche/ Farbe: lt. Auswahl AG aus Herstellerkollektion

Sitz, Rücken- und Seitenlehne/n

Sitzfläche: Polsterung der Sitzfläche in einer festeren Ausführung, die bequemes Sitzen in einer aufrechteren Arbeitshaltung ermöglicht;

Stoffbezug

Rückenlehne: mit allseitigem Stoffbezug

Seitenlehnen mit allseitigem Stoffbezug

Stoffbezug: antistatisch, strapazierfähig, pflegeleicht

Farbe: lt. Auswahl AG aus Herstellerkollektion

Höhe Lehnen: Gesamthöhe für Rücken- und Seitenlehne/n ca. 130-145 cm

Höhe Sitzfläche: Standardhöhe (ca. 38 - 43 cm)

Dimensionierung

Breite mind. 115 cm (Einsitzer mit komfortabler Sitzbreite)

Höhe ca. 130 - 145 cm Gesamthöhe

Tiefe: ca. 70 - 85 cm Gesamttiefe

4.1.2 Loungemöbel Einzel-Element mit integriertem/r Tisch/ Arbeitsfläche

wie Pos. 4.1.1 jedoch

mit integriertem Tisch/ Arbeitsfläche für zB Arbeiten mit Laptop

Dimensionierung

Breite mind. 115 cm (Einsitzer mit komfortabler Sitzbreite)

[...]

4.1.4 Loungemöbel Dreier Element

wie Pos. 4.1.1 jedoch Dimensionierung

Breite mind. 230 cm (geeignet für drei Personen)

4.3 Konzentrationsarbeitsplatz

4.3.1 Einzel-Konzentrationsarbeitsplatz; eingehaust

Die nachfolgend angeführten Daten stellen eine Mindestanforderung an den ausgeschriebenen Konzentrationsarbeitsplatz dar. Sämtliche Oberflächen müssen mit einem handelsüblichen Reinigungsmittel behandelbar sein.

Anforderung Einzel-Konzentrationsarbeitsplatz

von mindestens 3,5 Seiten eingehauster Arbeitsplatz mit offenem Zugang (Elementhöhe ca. 140 cm) ohne Dach

mit integrierter Tischplatte, integriertem Strom- und Datenanschluss und integrierter

Beleuchtung

Anforderung Einhausung

Ausführung

o Form: rechteckig oder Freiform

o Material: allseitig, textile Oberfläche

antistatisch, strapazierfähig, pflegeleicht

o Farbe: lt. Auswahl AG aus Herstellerkollektion

o Dimensionierung: Höhe ca. 140 cm (ohne Dach)

Breite ca. 150 - 180 cm

Tiefe ca. 105 - 125 cm

Anforderung Arbeitsplatz/ Tischplatte

Arbeitsplatz mindestens von 3,5 Seiten eingehaust

Tischplatte: Oberfläche kratzfest, nicht reflektierend

Kabelhochführung: klemmfrei, einfache Verlegbarkeit an der Tischplattenrückseite

Tischplatte sitzt auf einer stabilen Unterkonstruktion auf

Ausführung

o Form: rechteckig oder Freiform

o Material/ Stärke/ Kanten: gemäß Herstellerkonzept

o Farbe: lt. Auswahl AG aus Herstellerkollektion

(neutrales, eher kühleres weiß)

o Gestell: gemäß Herstellerkonzept

o Dimensionierung: Höhe Arbeitsfläche ca. 72 cm

Breite ca. 100 - 120 cm

Tiefe ca. 60 - 70 cm"

Die Teilnahmefrist im gegenständlichen Vergabeverfahren endete am 22.06.2015, 11:00 Uhr.

Am 27.07.2015 wurden fünf Bieter zur Angebotslegung aufgefordert. Die Angebotsfrist endete am 07.09.2015, 09:00 Uhr. Die öffentliche Angebotsöffnung hat am 07.09.2015, 09:15 Uhr stattgefunden. Die Sitzung der Bewertungskommission fand am 09.09.2015 statt. Am 18.09.2015 wurde eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der XXXX versandt. Am 16.10.2015 wurde die Zuschlagsentscheidung zurückgezogen und dies den im Verfahren verbliebenen Bietern mitgeteilt. Mit Telefax und E-Mail vom 03.11.2015 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden wird. Das Verfahren befindet sich aktuell im Stadium nach Ablauf der Angebotsfrist (sowie Angebotsöffnung) und vor Zuschlagsentscheidung oder Widerrufsentscheidung. Am 27.07.2015 wurden fünf Bieter zur Angebotslegung aufgefordert. Die Angebotsfrist endete am 07.09.2015, 09:00 Uhr. Die öffentliche Angebotsöffnung hat am 07.09.2015, 09:15 Uhr stattgefunden. Die Sitzung der Bewertungskommission fand am 09.09.2015 statt. Am 18.09.2015 wurde eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der römisch 40 versandt. Am 16.10.2015 wurde die Zuschlagsentscheidung zurückgezogen und dies den im Verfahren verbliebenen Bietern mitgeteilt. Mit Telefax und E-Mail vom 03.11.2015 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden wird. Das Verfahren befindet sich aktuell im Stadium nach Ablauf der Angebotsfrist (sowie Angebotsöffnung) und vor Zuschlagsentscheidung oder Widerrufsentscheidung.

Die vom Auftraggeber durchgeführten Prüfschritte sind im Vergabeakt, insbesondere der der Ausscheidensentscheidung zugrunde liegenden "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter XXXX" vom 29.10.2015 dokumentiert und für den erkennenden Senat plausibel und nachvollziehbar.

In der Ausscheidensentscheidung vom 03.11.2015 wird unter Punkt 1.1. Loungemöbel Einzelelement als gemäß den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vermerkt, dass in Position 4.1.2 des Leistungsverzeichnisses ein Einzel-Element Loungemöbel (Einsitzer) gefordert ist. Im Rahmen der Bemusterung wurde in dieser Position aber kein Einsitzer (Einzelelement), sondern ein Möbelstück zur Verfügung gestellt, welches aus drei Sitzelementen besteht (Dreisitzer). Das Angebot ist daher als den Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot auszuscheiden.

Unter Position 1.2. Loungemöbel Dreierelement der Ausscheidensentscheidung wurde vermerkt, dass in Position 4.1.4 des Leistungsverzeichnisses Loungemöbel Dreierelement ein Dreierelement mit einer Breite von mindestens 230 cm gefordert wird. Im Rahmen der Bemusterung wurde in dieser Position ein Element mit einer Breite von 195,5 cm (statt der geforderten mindestens 230 cm) zur Verfügung gestellt. Das Angebot ist daher als den Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot auszuscheiden.

Unter Position 1.3. Einzel-Konzentrationsarbeitsplatz der Ausscheidensentscheidung wurde vermerkt, dass in Position 4.3.1. des Leistungsverzeichnisses Einzelkonzentrationsarbeitsplatz, eingehaust, mit einer Breite von ca. 150 cm bis 180 cm und einer Tiefe von ca. 105 cm bis 125 cm und einem integrierten Strom- und Datenanschluss sowie integrierter Beleuchtung gefordert war. Im Rahmen der Bemusterung wurde in dieser Position ein Möbelstück zur Verfügung gestellt, welches die festgelegten Vorgaben an die Breite (115,5 cm statt gefordert ca. 150 cm bis 180 cm) sowie die Tiefe (93 cm statt gefordert ca. 105 cm bis 125 cm) des Möbelstücks unterschreitet. Darüber hinaus weist das im Rahmen der Bemusterung zur Verfügung gestellte Möbelstück keine integrierte Beleuchtung auf. Das Angebot ist daher als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot auszuscheiden.

In Position 2 "Verstoß gegen die Ausschreibungsbestimmungen - mangelnde Spezifikation der Produktangaben der Ausscheidungsentscheidung" wird ausgeführt, dass der Bieter im Formblatt B4-Produktnachweis gemäß Punkt 4.1.1 der besonderen Angebotsbestimmungen, die von ihm angebotenen Produkte durch Fotos und erforderliche Produktangaben zu spezifizieren hat.

In Position 2.1. Produktnachweis für Loungemöbel der Ausscheidensentscheidung wird ausgeführt, dass sich im Produktnachweis für die Positionen 4.1.1, 4.1.3 und 4.1.4 keine Angaben zu den konkreten Abmessungen der angebotenen Produkte finden. Aus den vorgelegten Produktdatenblättern ergibt sich, dass die angebotenen bzw. bemusterten Produkte die im Leistungsverzeichnis geforderten Abmessungen nicht einhalten. Das Angebot ist daher auszuschneiden.

In Punkt 2.2. "mangelhafte Produktnachweise im Allgemeinen" der Ausscheidungsentscheidung ist ausgeführt, dass im Produktnachweis in einer Vielzahl von Positionen unterlassen wurde die angebotenen Produkte durch erforderliche Produktangaben zu spezifizieren. Exemplarisch hervorgehoben wurde, dass im Produktnachweis für die Positionen 1.1.1 bis 1.1.3 des Leistungsverzeichnisses "linearer Arbeitstisch" nicht erkennbar ist, welche der möglichen Produktlinien angeboten wurde. Es wurde daher im Widerspruch zu Punkt 4.1.1 der besonderen Angebotsbestimmungen unterlassen, die angebotenen Produkte im Formblatt B4-Produktnachweis durch erforderliche Produktangaben zu spezifizieren. Das Angebot ist daher auch aus diesem Grunde wegen Widerspruches zu den Ausschreibungsbestimmungen auszuschneiden.

Unter Position 3 der Ausscheidensentscheidung wurden angebliche Nachweismängel als weitere Ausscheidensgründe herangezogen. Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2015 hat der Auftraggeber die in der Position 3 herangezogenen Gründe der Ausscheidensentscheidung zurückgenommen. Diese sind somit nicht mehr verfahrensgegenständlich.

Fristgerecht wurden von der Antragstellerin der gegenständliche Nachprüfungsantrag sowie ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht. Von der Antragstellerin wurden Pauschalgebühren von € 9.850,-- für den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie € 6.156,-- für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung bezahlt. Nach Auskunft des Auftraggebers wurde das gegenständliche Vergabeverfahren nicht widerrufen und auch der Zuschlag noch nicht erteilt.

Fest steht für den erkennenden Senat, dass von der Antragstellerin entgegen der Forderung in Position 4.1.2 des Leistungsverzeichnisses für die Bemusterung an Stelle des geforderten Einzel-Elementes Loungemöbel (Einsitzer) im Rahmen der Bemusterung in dieser Position kein Einsitzer sondern ein Möbelstück zur Verfügung gestellt wurde, welches aus zwei Sitzelementen (Zweisitzer) besteht, dass entgegen der Forderung in Position 4.1.4 des Leistungsverzeichnisses an Stelle des geforderten Loungemöbels Dreierelement mit einer Breite von mindestens 230 cm im Rahmen der Bemusterung in dieser Position ein Zweierelement mit einer Breite von 195,5 cm (statt der geforderten mindestens 230 cm) zur Verfügung gestellt wurde und dass in Position 4.3.1. des Leistungsverzeichnisses an Stelle des geforderten Einzelkonzentrationsarbeitsplatzes, eingehaust, mit einer Breite von 150 cm bis 180 cm und einer Tiefe von ca. 105 cm bis 125 cm und integrierem Strom- und Datenanschluss sowie integrierter Beleuchtung im Rahmen der Bemusterung in dieser Position ein Möbelstück zur Verfügung gestellt wurde, welches die festgelegten Vorgaben an die Breite (115,5 cm statt geforderten 150 cm bis 180 cm), sowie der Tiefe (93 cm statt gefordert ca. 105 cm bis 125 cm) nicht erfüllt, zur Verfügung gestellt wurde.

Festgestellt wird auch, dass im Rahmen der Bemusterung das zur Verfügung gestellte Möbelstück keine integrierte Beleuchtung aufwies.

Festgestellt wird, dass bei den Loungemöbeln gemäß Position 4.1.2. und 4.1.4 des Leistungsverzeichnisses die im Leistungsverzeichnis angeführte maximale Höhe überschritten wird (145 cm laut Leistungsverzeichnis, 162,7 cm laut Produktkatalog XXXX). Festgestellt wird, dass bei den Loungemöbeln gemäß Position 4.1.2. und 4.1.4 des Leistungsverzeichnisses die im Leistungsverzeichnis angeführte maximale Höhe überschritten wird (145 cm laut Leistungsverzeichnis, 162,7 cm laut Produktkatalog römisch 40).

Im Produktnachweis für die Positionen 4.1.1., 4.1.3. und 4.1.4. des Leistungsverzeichnisses finden sich in den Produktnachweisen keine konkreten Abmessungen der angebotenen Produkte.

Auf Basis der mit dem Angebot vorgelegten ergänzenden Unterlagen (Produktkatalog XXXX) ergibt sich, dass die bemusterten Produkte die im Leistungsverzeichnis geforderten Abmessungen nicht einhalten. Auf Basis der mit dem Angebot vorgelegten ergänzenden Unterlagen (Produktkatalog römisch 40) ergibt sich, dass die bemusterten Produkte die im Leistungsverzeichnis geforderten Abmessungen nicht einhalten.

Aus der Produktbeschreibung im Produktnachweis für die Positionen

1.1.1. bis 1.1.3 des Leistungsverzeichnisses (linearer Arbeitstisch) ist nicht erkennbar, welche konkrete Produktlinie angeboten wurde. Für die Produkte gemäß den vorgenannten Positionen des Leistungsverzeichnisses existieren beim Antragsteller jedoch zumindest drei unterschiedliche Produktlinien (enjoy, open system, executiv). In der Ausschreibung ist für diese Produkte ein GS-Zertifikat nicht zwingend gefordert.

Ein Zugeständnis des Auftraggebers an die Antragstellerin, dass anstelle des ausschreibungsgemäß geforderten Einsitzers und Dreisitzers-Loungemöbel laut Leistungsverzeichnis ein Zweisitzer bei der Bemusterung als ausschreibungskonform zur Verfügung gestellt werden durfte, kann nicht festgestellt werden.

2. Beweiswürdigung:

Die oben getroffenen Feststellungen ergeben sich schlüssig aus den vorgelegten Verfahrensunterlagen des beim Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Die Feststellungen finden Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen, den Vergabeunterlagen und den Angaben in der mündlichen Verhandlung.

Die Abweichungen der in der Ausscheidensentscheidung bemängelten Mustermöbel von den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses sind in der Fotodokumentation der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter XXXX" vom 29.10.2015 dokumentiert und hat der erkennende Senat keinen Grund an der Richtigkeit dieser Angaben zu zweifeln.

Von Seiten des Antragstellervertreeters und des Zeugen der Antragstellerin XXXXXXXX wurde der Umstand auch gar nicht bestritten, dass die in der Ausscheidensentscheidung beanstandeten Mustermöbel den Größenanforderungen des Leistungsverzeichnisses nicht entsprechen. Der Zeugen der Antragstellerin XXXXXXXX bestätigte auch, dass in Position 4.3.1. des Leistungsverzeichnisses "Einzel-Konzentrationsarbeitsplatz, eingehaust" die im Leistungsverzeichnis geforderte integrierte Beleuchtung im Zuge der Bemusterung nicht vorhanden war.

In der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2015 konnte der Antragstellervertreter die Frage des Gerichtes, ob es bezüglich Punkt 1 Standardarbeitsplatzmöblierung des Leistungsverzeichnisses mehrere Produktlinien der Antragstellerin gibt, nicht beantworten und verwies auf die Zeugeneinvernahme des Herrn XXXX. Auch zur Position 1.1.51 des Leistungsverzeichnisses konnten keine Angaben gemacht werden und wurde auf die Zeugeneinvernahme XXXX verwiesen. In der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2015 konnte der Antragstellervertreter die Frage des Gerichtes, ob es bezüglich Punkt 1 Standardarbeitsplatzmöblierung des Leistungsverzeichnisses mehrere Produktlinien der Antragstellerin gibt, nicht beantworten und verwies auf die Zeugeneinvernahme des Herrn römisch 40. Auch zur Position 1.1.51 des Leistungsverzeichnisses konnten keine Angaben gemacht werden und wurde auf die Zeugeneinvernahme römisch 40 verwiesen.

Der Zeuge XXXX gab im Rahmen seiner Zeugeneinvernahme insbesondere an, dass die in der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter XXXX" vom 29.10.2015, auf Seite 4 bis inklusive Seite 13 geschilderten Umstände den Tatsachen entsprechen. Der Zeuge römisch 40 gab im Rahmen seiner Zeugeneinvernahme insbesondere an, dass die in der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter XXXX" vom 29.10.2015, auf Seite 4 bis inklusive Seite 13 geschilderten Umstände den Tatsachen entsprechen.

Der Zeuge XXXX führte auch aus, dass es bei der Standardarbeitsplatzmöblierung auf Seite 14 der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter XXXX" vom 29.10.2015 bei der Antragstellerin mehrere Produktlinien gibt, welche sich in der qualitativen Ausprägung unterscheiden. Er gab auch an, dass seiner Ansicht nach in der Ausschreibung nicht gefordert war, welcher konkreten Produktlinie der symbolhaft abgebildete Arbeitsplatz im Produktnachweis der Antragstellerin entspringen müsse. Vom Zeugen XXXX wurde auch darauf verwiesen, dass ausschließlich Produkte der Produktlinie open system die Anforderungen der Ausschreibung erfüllen könnten, da nur diese über ein GS-Zertifikat verfügen würden. Der Zeuge römisch 40 führte auch aus, dass es bei der Standardarbeitsplatzmöblierung auf Seite 14 der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter XXXX" vom 29.10.2015 bei der Antragstellerin mehrere Produktlinien gibt, welche sich in der qualitativen Ausprägung unterscheiden. Er gab auch an, dass seiner Ansicht nach in der Ausschreibung nicht gefordert war, welcher konkreten Produktlinie der symbolhaft abgebildete Arbeitsplatz im Produktnachweis der Antragstellerin entspringen müsse. Vom Zeugen römisch 40 wurde auch darauf verwiesen, dass ausschließlich Produkte der

Produktlinie open system die Anforderungen der Ausschreibung erfüllen könnten, da nur diese über ein GS-Zertifikat verfügen würden.

Der Auftraggeber gab diesbezüglich an, dass die vorgenannten GS-Zertifikate in der Ausschreibung nicht gefordert waren. Der erkennende Senat hat auf Basis der Fotodokumentation der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter XXXX" vom 29.10.2015 und der Außerstreitstellung der auf Seite 4 bis inklusive Seite 13 der vorgenannten Stellungnahme dargestellten Tatsachen durch den Zeugen der Antragstellerin XXXX keinen Zweifel daran, dass die in der Ausscheidensentscheidung genannten Musterprodukte nicht den Forderungen des Leistungsverzeichnisses entsprachen. Der Auftraggeber gab diesbezüglich an, dass die vorgenannten GS-Zertifikate in der Ausschreibung nicht gefordert waren. Der erkennende Senat hat auf Basis der Fotodokumentation der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter XXXX" vom 29.10.2015 und der Außerstreitstellung der auf Seite 4 bis inklusive Seite 13 der vorgenannten Stellungnahme dargestellten Tatsachen durch den Zeugen der Antragstellerin römisch 40 keinen Zweifel daran, dass die in der Ausscheidensentscheidung genannten Musterprodukte nicht den Forderungen des Leistungsverzeichnisses entsprachen.

Unstreitig gibt es bezüglich Position 1 Standardarbeitsplatzmöblierung des Leistungsverzeichnisses mehrere Produktlinien der Antragstellerin.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass vom Auftraggeber zugestanden worden wäre, an Stelle der ausschreibungsgegenständlich geforderten Ein- und Dreisitzer Loungemöbel einen Zweisitzer bei der Bemusterung zur Verfügung zu stellen, ist für den erkennenden Senat nicht glaubwürdig.

Der Zeuge XXXX schilderte im Rahmen seiner Zeugeneinvernahme unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht glaubwürdig und nachvollziehbar, dass es solch ein Zugeständnis seinerseits nicht gegeben hat. Der Zeuge römisch 40 schilderte im Rahmen seiner Zeugeneinvernahme unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht glaubwürdig und nachvollziehbar, dass es solch ein Zugeständnis seinerseits nicht gegeben hat.

Angesprochen auf denselben Umstand führte die Zeugin XXXX aus, dass ihr eine solche Zusicherung nicht bekannt ist. Zumal der Zeuge XXXX und die Zeugin XXXX in Vorbereitung der Bemusterung durch die Bemusterungskommission eng zusammengearbeitet haben, welcher Umstand auch nicht bestritten wurde und glaubwürdig erscheint, entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die Zeugin XXXX von einer solch getroffenen Zusicherung informiert worden wäre. Angesprochen auf denselben Umstand führte die Zeugin römisch 40 aus, dass ihr eine solche Zusicherung nicht bekannt ist. Zumal der Zeuge römisch 40 und die Zeugin römisch 40 in Vorbereitung der Bemusterung durch die Bemusterungskommission eng zusammengearbeitet haben, welcher Umstand auch nicht bestritten wurde und glaubwürdig erscheint, entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die Zeugin römisch 40 von einer solch getroffenen Zusicherung informiert worden wäre.

Demgegenüber erscheinen die Aussagen des Zeugen XXXX weniger glaubwürdig. Dies hinsichtlich seiner Aussage, dass die Antragstellerin die Angebotsbestimmungen dahingehend ausgelegt habe, dass es für die Bemusterung ausreichen würde, Musterprodukte zur Verfügung zu stellen, die nicht konkret den Erfordernissen des Leistungsverzeichnisses entsprechen würden, aber aus derselben Produktfamilie stammen würden. Die Unglaubwürdigkeit dieser Behauptung ergibt sich daraus, dass der Zeuge ausführte, dass der Grund dafür, dass die eigenen Produkte entsprechend dem Leistungsverzeichnis geliefert wurden, gewesen ist, dass die Antragstellerin das selbst in der Hand gehabt habe und es als ihre Stärke angesehen hat, auch die Musterprodukte, welche Sonderanfertigungen der Antragstellerin darstellen, entsprechend dem Leistungsverzeichnis extra für die Bemusterung herzustellen. Dies wäre jedoch nicht erforderlich gewesen, wenn die Antragstellerin tatsächlich der Ansicht gewesen wäre, dass es für die Bemusterung ausreichend gewesen wäre Musterprodukte zur Verfügung zu stellen, die nicht den konkreten Erfordernissen des Leistungsverzeichnisses entsprechen würden, aber aus derselben Produktgruppe stammen. Bei den in der Ausscheidensentscheidung bemängelten Musterprodukten handelt es sich nach Aussage des Zeugen XXXX um Handelsware, welche bei der Firma XXXX zugekauft werden musste. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Zeuge XXXX glaubwürdig ausgesagt hat, dass von Seiten des Zeugen XXXX am 07.09.2015 geäußert wurde, dass die Frist für die Bereitstellung der Möbel kurz bemessen war. Dies auf Grund der Urlaubszeit. Die Antragstellerin hätte die Möbel aus Italien beziehen wollen, was jedoch auf Grund der Urlaubszeit nicht möglich gewesen wäre. Diese Aussagen werden auch dadurch bestätigt, dass die Antragstellerin selbst ausführte, dass ihrer Ansicht nach die geforderten Kriterien in der Angebotsphase, in der sich sämtliche Büromöbelhersteller Europas in Betriebsferien

befinden, lediglich zur Orientierung angeboten werden könnten. Insgesamt hinterließen die Zeugen XXXX und XXXX beim erkennenden Senat einen glaubwürdigeren Eindruck als der Zeuge XXXX. Dies insbesondere deshalb weil sich der Zeuge XXXX bezüglich der angeblichen Interpretation der Ausschreibungsunterlagen und dem Umstand, warum Sondermöbel der Antragstellerin selbst leistungsverzeichniskonform geliefert wurden, Möbel von Drittanbietern jedoch nicht, nicht glaubwürdig und nachvollziehbar äußerte. Demgegenüber erscheinen die Aussagen des Zeugen römisch 40 weniger glaubwürdig. Dies hinsichtlich seiner Aussage, dass die Antragstellerin die Angebotsbestimmungen dahingehend ausgelegt habe, dass es für die Bemusterung ausreichen würde, Musterprodukte zur Verfügung zu stellen, die nicht konkret den Erfordernissen des Leistungsverzeichnisses entsprechen würden, aber aus derselben Produktfamilie stammen würden. Die Unglaubwürdigkeit dieser Behauptung ergibt sich daraus, dass der Zeuge ausführte, dass der Grund dafür, dass die eigenen Produkte entsprechend dem Leistungsverzeichnis geliefert wurden, gewesen ist, dass die Antragstellerin das selbst in der Hand gehabt habe und es als ihre Stärke angesehen hat, auch die Musterprodukte, welche Sonderanfertigungen der Antragstellerin darstellen, entsprechend dem Leistungsverzeichnis extra für die Bemusterung herzustellen. Dies wäre jedoch nicht erforderlich gewesen, wenn die Antragstellerin tatsächlich der Ansicht gewesen wäre, dass es für die Bemusterung ausreichend gewesen wäre Musterprodukte zur Verfügung zu stellen, die nicht den konkreten Erfordernissen des Leistungsverzeichnisses entsprechen würden, aber aus derselben Produktgruppe stammen. Bei den in der Ausscheidensentscheidung bemängelten Musterprodukten handelt es sich nach Aussage des Zeugen römisch 40 um Handelsware, welche bei der Firma römisch 40 zugekauft werden musste. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Zeuge römisch 40 glaubwürdig ausgesagt hat, dass von Seiten des Zeugen römisch 40 am 07.09.2015 geäußert wurde, dass die Frist für die Bereitstellung der Möbel kurz bemessen war. Dies auf Grund der Urlaubszeit. Die Antragstellerin hätte die Möbel aus Italien beziehen wollen, was jedoch auf Grund der Urlaubszeit nicht möglich gewesen wäre. Diese Aussagen werden auch dadurch bestätigt, dass die Antragstellerin selbst ausführte, dass ihrer Ansicht nach die geforderten Kriterien in der Angebotsphase, in der sich sämtliche Büromöbelhersteller Europas in Betriebsferien befinden, lediglich zur Orientierung angeboten werden könnten. Insgesamt hinterließen die Zeugen römisch 40 und römisch 40 beim erkennenden Senat einen glaubwürdigeren Eindruck als der Zeuge römisch 40. Dies insbesondere deshalb weil sich der Zeuge römisch 40 bezüglich der angeblichen Interpretation der Ausschreibungsunterlagen und dem Umstand, warum Sondermöbel der Antragstellerin selbst leistungsverzeichniskonform geliefert wurden, Möbel von Drittanbietern jedoch nicht, nicht glaubwürdig und nachvollziehbar äußerte.

3. Rechtliche Beurteilung:

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

Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291 BVergG, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Dabei handelt es sich um Entscheidungen über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens des öffentlichen 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. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Der Senat besteht gemäß § 292 Abs. 2 BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzendem und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer aus dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, BVergG, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Dabei handelt es sich um Entscheidungen über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens des öffentlichen 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. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Der Senat besteht gemäß Paragraph 292, Absatz 2, BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzendem und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer aus dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß § 1 VwGVG durch dieses

geregelt. Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kund-gemacht wurden, in Kraft. Zu diesen Bestimmungen zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß Paragraph eins, VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kund-gemacht wurden, in Kraft. Zu diesen Bestimmungen zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält.

Nach § 311 BVergG sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme seiner §§ 1 bis 5 und seines IV. Teils im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäß anzuwenden, soweit nicht das BVergG und das VwGVG anderes bestimmen. Nach Paragraph 311, BVergG sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme seiner Paragraphen eins bis 5 und seines römisch vier. Teils im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäß anzuwenden, soweit nicht das BVergG und das VwGVG anderes bestimmen.

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber gemäß § 2 Z 8 BVergG ist der Österreichische Rundfunk. Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass es sich beim Österreichischen Rundfunk um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des BVergG handelt und daher die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung der gegenständlichen Beschaffung gegeben ist. Nach Angaben des Auftraggebers handelt es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Lieferauftrag im Sinne des § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert überschreitet den Schwellenwert gemäß § 12 Abs. 1 BVergG um mehr als das 20 fache. Das Verfahren, welches vom Auftraggeber als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt wird, ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist sohin gegeben. 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 Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Auftraggeber gemäß Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist der Österreichische Rundfunk. Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass es sich beim Österreichischen Rundfunk um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des BVergG handelt und daher die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung der gegenständlichen Beschaffung gegeben ist. Nach Angaben des Auftraggebers handelt es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Lieferauftrag im Sinne des Paragraph 5, BVergG. Der geschätzte Auftragswert überschreitet den Schwellenwert gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG um mehr als das 20 fache. Das Verfahren, welches vom Auftraggeber als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt wird, ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist sohin gegeben. 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 Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Die vom Auftraggeber thematisierte Reihung des Angebots der Antragstellerin auf Platz 3 hat keinen Einfluss auf die Antragslegitimation. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts die Reihung des Angebots als Vorfrage zu beurteilen (BVwG 19.12.2014, W123 2013963-2). Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. bb BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG vorliegen. Die Antragstellerin bezahlte die Pauschalgebühr. Ein sonstiger Grund für seine Unzulässigkeit gemäß § 322 Abs. 2 BVergG ist nicht hervorgekommen. Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Die vom Auftraggeber thematisierte Reihung des Angebots der Antragstellerin auf Platz 3 hat keinen Einfluss auf die Antragslegitimation. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts die Reihung des Angebots als Vorfrage zu beurteilen (BVwG 19.12.2014, W123 2013963-2). Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag

auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG vorliegen. Die Antragstellerin bezahlte die Pauschalgebühr. Ein sonstiger Grund für seine Unzulässigkeit gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG ist nicht hervorgekommen.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu A I.)Zu A römisch eins.)

Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde und sohin Bestandskraft erlangt hat und in Folge dessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzumutbar oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (vgl. EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse; jüngst EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu § 321). Dem Bundesverwaltungsgericht ist es daher auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; für viele ua BVA 08.02.2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN). Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde und sohin Bestandskraft erlangt hat und in Folge dessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzumutbar oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich vergleiche EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse; jüngst EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu Paragraph 321.). Dem Bundesverwaltungsgericht ist es daher auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; für viele ua BVA 08.02.2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914ff ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA 18.01.2008, N/0118- BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu interpretieren (ua VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; ebenso ua BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, f, ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA 18.01.2008, N/0118- BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu interpretieren (ua VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; ebenso ua BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN).

Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers, noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA 04.06.2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8

zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; BVA 14. 06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua) Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers, noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA 04.06.2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; BVA 14. 06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua).

Auch ist es gemäß VwGH (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232; 2007/04/0233 unter Verweis auf VwGH 26.04.2007, 2005/04/0189) und EUGH (EUGH 28.03.1995, 324/93, Evans Medical, RZ 42 unter Verweis auf EUGH 20.09.1988, 13/87; BEENTJES) Sache des Auftraggebers die Anforderungen für die Leistungen, die er beschaffen will, festzulegen. Allfällige Einwände gegen unsachlich, nicht erfüllbare, unklare oder widersprüchliche Festlegungen gehen jedenfalls ins Leere, wenn sie nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Frist bekämpft werden, andernfalls diese gemäß ständiger Judikatur der Vergabekontrollbehörden und der Höchstgerichte in Folge Bestandfestigkeit präkludiert sind (VwGH 22.06.2011, 2011/04/0007).

Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (siehe VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087 mwN; BVA vom 24. April 2013, N/0016-BVA/04/2013-29 und N/0017-BVA/04/2013-27) aufgrund der oben wiedergegebenen, bestandsfest gewordenen Bestimmungen der Ausschreibung davon ausgehen, dass die in Punkt 4.1.2. "Musterprodukte" Teil A1 - besondere Angebotsbestimmungen angeführten Musterprodukte den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses zu den jeweiligen Positionen vollinhaltlich zu entsprechen haben und für die Bemusterung bereitzuhalten waren.

Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass bereits Punkt 1.2. Teil A1 - besondere Angebotsbestimmungen die konkreten Leistungen dahingehend definiert, dass sich diese aus den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere aus dem Teil A2 - Rahmenvertrag sowie aus dem Leistungsverzeichnis (Anlage .1 zum Rahmenvertrag) ergeben.

In Punkt 4.1. Teil A1 - besondere Angebotsbestimmungen wird festgelegt, dass das Angebot insbesondere aus dem qualitativen Angebotsbestandteil "Musterprodukte gem. Punkt 4.1.2." besteht.

Die Musterprodukte sind somit zwingender Angebotsbestandteil.

In Punkt 4.1.2. Teil A1 - besondere Angebotsbestimmungen wird hinsichtlich der Beschreibung der bereitzustellenden Musterprodukte auf Punkt B.1.1. des Leistungsverzeichnisses verwiesen.

Unter Punkt A.1.1. des Leistungsverzeichnisses "Qualitätskriterien" ist vorgegeben, dass sämtliche Forderungen der Leistungsbeschreibung Mindestanforderungen sind und jedenfalls erfüllt werden müssen.

In Punkt B1. "Bemusterung" des Leistungsverzeichnisses wird gefordert, dass die zur Bemusterung angeführten Musterprodukte durch Musterstücke, die der beschriebenen Spezifikation entsprechen, für eine Bemusterung bereitzustellen sind.

In Punkt B.1.1.1 "Musterprodukte" sind die bereitzustellenden Musterprodukte angeführt und ist hinsichtlich der konkreten Spezifikationen die jeweils zutreffende Positionsnummer des Leistungsverzeichnisses angeführt.

Schon aus der Formulierung, dass die geforderten Musterstücke den beschriebenen Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses gem. B.1 "Bemusterung" zu entsprechen haben iVm. der Forderung gem. Punkt A.1.1. des Leistungsverzeichnisses "Qualitätskriterien", musste ein durchschnittlich fachkundiger Bieter jedenfalls davon ausgehen, dass zur Bemusterung nur solche Musterprodukte zur Verfügung gestellt werden dürfen, welche den Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses entsprechen. Schon aus der Formulierung, dass die geforderten Musterstücke den beschriebenen Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses gem. B.1 "Bemusterung" zu entsprechen haben in Verbindung mit der Forderung gem. Punkt A.1.1. des Leistungsverzeichnisses "Qualitätskriterien", musste ein durchschnittlich fachkundiger Bieter jedenfalls davon ausgehen, dass zur Bemusterung nur solche Musterprodukte zur Verfügung gestellt werden dürfen, welche den Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses entsprechen.

Die Bestimmung in Punkt 4.1.2 (a) Teil A1-besondere Angebotsbestimmungen (...des jeweils angebotenen Typs/Fabrikats"...)) kann objektiv nicht dahingehend verstanden werden, dass es für die Bemusterung ausreichen würde, wenn die Musterprodukte nicht die konkreten Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses erfüllen, aber aus einer Produktfamilie stammen, wobei das konkrete Produkt im Auftragsfall leistungsverzeichniskonform geliefert würde.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass es einem Auftraggeber zwar untersagt ist, eigene Ausscheidensgründe festzulegen (z. B. BVwG 26.03.2015, W187 2017416-2/26E), jedoch sind alle am Vergabeverfahren Beteiligten und die Vergabekontrolle daran gebunden, sofern solche Ausscheidensgründe bestandfest werden (z. B. BVA 05.06.2003, 12N-32/03-17; BVwG vom 19.10.2015, W187 2114246-1/22E).

Nunmehr ist der Antragstellerin zuzugestehen, dass es sich bei der Festlegung in Punkt 4.1.2. (b) Teil A1 - besondere Angebotsbestimmungen "[...] ist es einem Bieter nicht möglich, die angeführten bzw. angebotenen Musterprodukte für eine Bemusterung zur Verfügung zu stellen, behält sich der Auftraggeber vor, dessen Angebot auszuschneiden [...]" um keinen zwingend formulierten Ausscheidensgrund handelt. Dennoch wurde die vorgenannte Bestimmung bestandsfest und hat sich sowohl der Auftraggeber als auch Bieter daran zu halten. Zumal sich damit der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen eine bestimmte Handlung vorbehalten hat, kommt dem Auftraggeber ein Ermessensspielraum im Hinblick auf die vorbehaltene Handlung zu.

Diese Ermessensausübung ist an den Grundsätzen des Vergabeverfahrens zu messen (BVwG 26.03.2015, W187 2017416-2/26E). Einem durchschnittlich fachkundigen Bieter musste aufgrund der in der Ausschreibung vorbehaltenen Ausscheidensmöglichkeit für den Fall, dass die Musterprodukte für eine Bemusterung nicht zur Verfügung gestellt werden können, klar ersichtlich sein, dass die zu bemusternden Produkte für den Auftraggeber von besonderer Wichtigkeit sind und hätte der Bieter bereits aus diesem Grunde bei der Bereitstellung der Musterprodukte besondere Sorgfalt walten lassen müssen.

Unter Hinweis auf die vorgenannten Bestimmungen der Ausschreibung, insbesondere Punkt B1 des Leistungsverzeichnisses kann die Ausschreibungsbestimmung in Punkt 4.1.2. (b) Teil A1 - besondere Angebotsbestimmungen objektiv nicht dahingehend verstanden werden, dass ein Ausscheidenstatbestand nur dann verwirklicht ist, wenn gar keine Musterprodukte zur Verfügung gestellt werden, sondern ist dieser Ausscheidenstatbestand auch erfüllt, wenn Musterprodukte für die Bemusterung zur Verfügung gestellt werden, die nicht den Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses entsprechen.

Insbesondere deshalb, weil Ausschreibungsbestimmungen vergaberechtskonform zu interpretieren sind, ist der Auftraggeber bereits aufgrund der vorgenannten bestandfesten Ausscheidensbestimmung gehalten, Angebote von Bietern auszuschneiden, bei welchen die für die Bemusterung zur Verfügung gestellten Musterprodukte nicht die Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses erfüllen. Dies ergibt sich bereits aus den vergaberechtlichen Grundsätzen der Bietergleichbehandlung und Nichtdiskriminierung.

Würde der Auftraggeber Musterprodukte zulassen, welche die Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllen, ist einerseits keine ausschreibungskonforme und vollständige Qualitätsbewertung möglich und wäre auch die Vergleichbarkeit mit Musterprodukten von Bietern, welche ausschreibungs- und leistungsverzeichniskonforme Musterprodukte zur Verfügung gestellt haben, nicht möglich. Wie sollte im gegenständlichen Fall zum Beispiel die Ergonomie der Loungemöbel überprüft werden, wenn diese bei der Bemusterung nicht in den geforderten Größen vorhanden waren. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass sich die Ergonomie eines Einsitzer bzw. Dreisitzer Loungemöbels anders darstellt, als bei dem besichtigten Zweisitzer. Auch ist zB. die Funktionalität der Beleuchtung beim Einzelkonzentrationsarbeitsplatz; eingehaust nicht bewertbar, da entgegen der Forderung des Leistungsverzeichnisses eine Beleuchtung zur Bemusterung nicht zur Verfügung gestellt wurde. Es würde in diesem Falle auch an der Vergleichbarkeit der Angebote mangeln.

Würde der Auftraggeber nicht leistungsverzeichniskonforme Musterprodukte akzeptieren, wäre es ihm auch nicht möglich, die Mindestanforderungen an die Produkte gem. Punkt A.1. "Qualitätskriterien" des Leistungsverzeichnisses zu überprüfen. Die Forderung an die Bereitstellung von Musterprodukten für die Qualitätsbewertung und die Überprüfung der Mindestqualitätsanforderungen wäre sinnentleert, wenn für die Bemusterung Möbelstücke zur Verfügung gestellt werden könnten, welche eben gerade nicht den Spezifikationen gemäß dem Leistungsverzeichnis

für die im Auftragsfall zu liefernden Möbel entsprechen müssten. Für den erkennenden Senat steht somit auch fest, dass die Musterprodukte den Mindestqualitätsstandarts entsprechen müssen und auch zu dessen Überprüfung dienen.

Dies ergibt sich eindeutig aus der Bestimmung B1 Leistungsverzeichnis "[...] Zur Feststellung der Erfüllung gültigen Normen sowie geforderter Qualitäten und Anforderungen können Belastungs- und Werkstoffprüfungen vorgenommen werden, die gegebenenfalls auch zerstörend sein können.[...]" Die Musterprodukte dienen somit auch der Überprüfung der Mindestanforderungen

Das Angebot der Antragstellerin widerspricht den Angebotsbestimmungen jedenfalls deshalb, weil die in der Ausscheidensentscheidung angeführten drei Musterprodukte nicht entsprechend den Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses für die Bemusterung zur Verfügung gestellt wurden.

§ 129 Abs. 1 Z 7 BVerfG nennt 5 Fallgruppen: 1. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, 2. nicht zugelassene Teil- Alternativ- und Abänderungsangebote, 3. nicht gleichwertige Alternativ- und Abänderungsangebote, 4. Alternativangebote, welche die Mindestanforderung nicht erfüllen, sowie 5. fehlerhafte oder unvollständige Angebote. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVerfG nennt 5 Fallgruppen: 1. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, 2. nicht zugelassene Teil- Alternativ- und Abänderungsangebote, 3. nicht gleichwertige Alternativ- und Abänderungsangebote, 4. Alternativangebote, welche die Mindestanforderung nicht erfüllen, sowie 5. fehlerhafte oder unvollständige Angebote.

Nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVerfG sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Aus dem Wortlaut und der Genese der Formulierung der Ziffer 7 ist klar zu entnehmen, dass bei widersprechenden Angeboten der letzte Halbsatz dieser Ziffer "wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind" nicht anwendbar und daher eine Verbesserung eines Ausschreibungswiderspruches und eine Mängelbehebung ausgeschlossen sind. Nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVerfG sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Aus dem Wortlaut und der Genese der Formulierung der Ziffer 7 ist klar zu entnehmen, dass bei widersprechenden Angeboten der letzte Halbsatz dieser Ziffer "wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind" nicht anwendbar und daher eine Verbesserung eines Ausschreibungswiderspruches und eine Mängelbehebung ausgeschlossen sind.

Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sind keiner Verbesserung zugänglich. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen sind daher ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach § 126 BVerfG auszuschneiden. Dies bezieht sich insbesondere auf in den Ausschreibungsunterlagen formulierte (vergaberechtswidrige, aber präkludierte) Ausscheidungstatbestände. In einem solchen Fall wird jede Abweichung von den Bestimmungen der Ausschreibung als widersprechendes Angebot zu qualifizieren sein. Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sind keiner Verbesserung zugänglich. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen sind daher ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach Paragraph 126, BVerfG auszuschneiden. Dies bezieht sich insbesondere auf in den Ausschreibungsunterlagen formulierte (vergaberechtswidrige, aber präkludierte) Ausscheidungstatbestände. In einem solchen Fall wird jede Abweichung von den Bestimmungen der Ausschreibung als widersprechendes Angebot zu qualifizieren sein.

Selbst wenn man entgegen der Rechtsansicht des erkennenden Senats davon ausgehen wollte, dass es sich im gegenständlichen Fall nicht um ein widersprechendes Angebot handeln würde, sondern um ein fehlerhaftes oder unvollständiges Angebot handelte, würde es sich um einen unbehebbarer Mangel handeln, weil der Bieter dadurch, dass er für die zur Verfügung Stellung ausschreibungskonformer Musterprodukte bzw. Ergänzung der unvollständigen Produktangaben im Produktnachweis, mehr Zeit zur Verfügung hätte, als die anderen Bieter, die ausschreibungskonforme Musterprodukte für die Bemusterung zur Verfügung gestellt haben und insbesondere die ausdrücklich in der Ausschreibung geforderten Angaben im Produktnachweis gemacht haben und damit einen Wettbewerbsvorteil erlangen würde (vgl. VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186; VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030, VwGH 24.02.2006, 2004/04/0078 unter Heranziehung der von Aicher entwickelten Formel) Selbst wenn man entgegen der Rechtsansicht des erkennenden Senats davon ausgehen wollte, dass es sich im gegenständlichen Fall nicht um ein widersprechendes Angebot handeln würde, sondern um ein fehlerhaftes oder unvollständiges Angebot handelte, würde es sich um einen unbehebbarer Mangel handeln, weil der Bieter dadurch, dass er für die zur Verfügung Stellung ausschreibungskonformer Musterprodukte bzw. Ergänzung der unvollständigen Produktangaben im

Produktnachweis, mehr Zeit zur Verfügung hätte, als die anderen Bieter, die ausschreibungskonforme Musterprodukte für die Bemusterung zur Verfügung gestellt haben und insbesondere die ausdrücklich in der Ausschreibung geforderten Angaben im Produktnachweis gemacht haben und damit einen Wettbewerbsvorteil erlangen würde (vergleiche VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186; VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030, VwGH 24.02.2006, 2004/04/0078 unter Heranziehung der von Aicher entwickelten Formel).

Das Angebot der Antragstellerin ist aber auch deshalb unvollständig, da der in Punkt 2.2 der Ausscheidungsentscheidung genannte Umstand, dass aus dem Produktnachweis der Antragstellerin für die Positionen 1.1.1 bis 1.1.3 des Leistungsverzeichnisses nicht objektiv erkennbar ist, welche der drei bei der Antragstellerin vorhandenen Produktlinien angeboten wurden, erfüllt ist.

Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung dieses Angebotsmangels wird auf die obigen Ausführungen verwiesen, sodass es sich auch in diesem Fall um einen unbehebbarer Mangel handelt, da dem Bieter ein längerer Zeitraum für die Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt würde, wenn er nachträglich die erforderlichen Produktangaben ergänzen könnte.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass bei unbehebbarer Mängeln, wie im gegenständlichen Fall eine Aufklärung im Sinne des § 126 BVergG sinnlos wäre und würde nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten (BVA 05.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39; BVA 27.04.2005, 17N-25/05-23). Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass bei unbehebbarer Mängeln, wie im gegenständlichen Fall eine Aufklärung im Sinne des Paragraph 126, BVergG sinnlos wäre und würde nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten (BVA 05.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39; BVA 27.04.2005, 17N-25/05-23).

Auch das Vorbringen der Antragstellerin, welches für den erkennenden Senat nicht feststellbar war, bezüglich des Umstandes, dass der Antragstellerin im Zuge des Aufbaues der Mustermöbel zugestanden worden wäre, Mustermöbel, welche von den Forderungen des Leistungsverzeichnisses abweichen, ausschreibungskonform zur Bemusterung zur Verfügung zu stellen, welches in Richtung einer Irreführung durch den Auftraggeber bzw. einer culpa in contrahendo deutet, kann nicht überzeugen, zumal es sich um zivilrechtliche Ansprüche handelt, welche nicht vom BVwG im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens zu beurteilen sind. Darauf hinzuweisen ist nochmals, dass sich der Auftraggeber an seine eigenen Festlegungen der Ausschreibung zu halten hat und im Zuge des Vergabeverfahrens davon nicht einfach abweichen darf. Dies ist für einen fachkundigen Bieter sicherlich ein bekannter Umstand und hätte ein Bieter bei Zweifeln auch eine Bieteranfrage an den Auftraggeber richten können.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen haben, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EUGH vom 22.06.1993 Rs C-243/89, Kommission/Dänemark).

Das Angebot der Antragstellerin wurde daher zu Recht ausgeschieden, da die in der Ausscheidungsentscheidung unter den Punkten 1.1, 1.2, 1.3 und 2.2 erster Fall angeführten Ausschreibungswidrigkeiten jedenfalls vorlagen. Auf die weiteren Gründe war nicht mehr weiter einzugehen, da ein Angebot bereits bei der Verwirklichung eines zwingenden Ausscheidungsgrundes auszuschneiden ist.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das Angebot der Antragstellerin vorerst einer Qualitätsbewertung unterzogen wurde, da der Auftraggeber vergaberechtlich gehalten ist, ein Angebot auch bei Vorliegen eines einzigen zwingenden Ausscheidungsgrundes, auszuschneiden. Eine Heilung von Ausscheidungsgründen ist dem BVergG fremd.

Das Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich des Vorliegens von Widerrufsgründen kann auch nicht überzeugen, zumal bei der Anfechtung des Ausscheidens als gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers Hauptfrage des Vergabenachprüfungsverfahrens alleine die Frage ist, ob der Antragsteller vom Auftraggeber zu Rechts ausgeschieden wurde (VwGH 25.03.2014, Ra 2014/04/0001). Vom Auftraggeber wurde zugestanden, dass das Angebot der Antragstellerin und eines weiteren Bieters intensiver überprüft wurde. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist nicht feststellbar, ob auch weitere Angebote näher geprüft werden. Die diesbezüglichen Überlegungen der Antragstellerin sind daher bloße Vermutungen und haben keinen Einfluss auf die Überprüfung der Rechtskonformität der Ausscheidungsentscheidung.

Dass die Antragstellerin mit der Abgabe ihres Angebotes die Ausschreibungsbestimmungen akzeptierte und erklärte, dass die Produkte die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses erfüllen würden, ändert nichts daran, dass

Ausschreibungswidrigkeiten, wie im gegenständlichen Fall (Musterprodukte, Angaben in den Produktnachweisen), dadurch nicht saniert werden können. Würde man der Ansicht der Antragstellerin folgen, so könnte ein Bieter durch solch übliche, allgemeine Erklärungen erreichen, dass eine Vielzahl von ausschreibungswidrigen Angeboten akzeptiert werden müssten und würde damit die Formstrenge der Vergabeverfahren umgangen werden. Einer solchen Sichtweise kann sich der erkennende Senat nicht anschließen und widerspricht diese Sichtweise auch der objektiven Interpretation der gegenständlichen Ausschreibungsbedingungen.

Es war daher spruchgemäß zu erkennen.

Zu A II.)Zu A römisch zwei.)

§ 319 Abs. 1 und 2 BVergG lauten:Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG lauten:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragssteller 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."§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragssteller 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.

Da dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren.

Gemäß § 318 Abs 1 Z 5 BVergG war eine Gebühr in Höhe von 80% zu entrichten. Gem. § 318 Abs 1 Z 4 BVergG ist für eine einstweilige Verfügung eine Gebühr in Höhe von 50 % der festgesetzten Gebühr zu entrichten. Der erkennende Senat geht daher davon aus, dass für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung eine Gebühr in Höhe von EUR 4.925,- zu entrichten gewesen wäre. Der Antragstellerin ist der Mehrbetrag in Höhe von EUR 1.231,- zurückzuerstatten.Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG war eine Gebühr in Höhe von 80% zu entrichten. Gem. Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG ist für eine einstweilige Verfügung eine Gebühr in Höhe von 50 % der festgesetzten Gebühr zu entrichten. Der erkennende Senat geht daher davon aus, dass für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung eine Gebühr in Höhe von EUR 4.925,- zu entrichten gewesen wäre. Der Antragstellerin ist der Mehrbetrag in Höhe von EUR 1.231,-zurückzuerstatten.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (siehe die Judikate unter Zu A I. des Erkenntnisses), 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 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 (siehe die Judikate unter Zu A römisch eins. des Erkenntnisses), 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.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsänderung, Angebotsbewertung, Angebotsmangel, Antragslegimitation, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgründe, Ausschreibungskriterien, Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung, Bietergleichbehandlung, Eignungsnachweis, Ermessen, fairer Wettbewerb, Grundsatz der Gleichbehandlung, Konkretisierung, Lieferauftrag, Mängelbehebung, Mangelhaftigkeit, Mindestanforderung, Muster, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebührenersatz, Punktevergabe, Rahmenvertrag, rechtliches Interesse, Schaden, Sorgfaltspflicht, Unbehebbarkeit, Verbesserung, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Vergabeverfahren, Vergleichbarkeit der Angebote, Wettbewerbsrelevanz, Willenserklärung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W138.2117131.2.00

Zuletzt aktualisiert am

13.01.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at