

TE Bwvg Erkenntnis 2015/12/22 W139 2116600-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.12.2015

Entscheidungsdatum

22.12.2015

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §108 Abs1 Z4

BVergG 2006 §108 Abs2

BVergG 2006 §118 Abs5

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §126 Abs1

BVergG 2006 §126 Abs2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lita

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §316 Abs1 Z3

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §324 Abs3

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §4

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 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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 § 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 § 316 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013
-
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 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 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 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 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. 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

W139 2116600-2/23E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 Abs 1 BVergG durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Wolfgang POINTNER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Theodor TAURER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "7000 Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1, BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim, Zu- und Umbau - Glaserarbeiten" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über den Antrag der XXXX, vertreten durch Mag. Werner Hauser, Rechtsanwalt, Zieglergasse 3/3/3, 1070 Wien, vom 02.11.2015 erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, Absatz eins, BVergG durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Wolfgang POINTNER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Theodor TAURER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "7000 Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1, BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim, Zu- und Umbau - Glaserarbeiten" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über den Antrag der römisch 40, vertreten durch Mag. Werner Hauser, Rechtsanwalt, Zieglergasse 3/3/3, 1070 Wien, vom 02.11.2015 erkannt:

A) I.A) römisch eins.

Die im Vergabeverfahren "7000 Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1, BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim, Zu- und Umbau - Glaserarbeiten" bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung vom 23.10.2015 wird für nichtig erklärt.

II. römisch zwei.

Den Anträgen auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren wird stattgegeben.

Die Auftraggeber sind verpflichtet, der Antragstellerin, XXXX, die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 1.026,-- sowie die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 513,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu Handen ihres bevollmächtigten Rechtsvertreters, Mag. Werner Hauser, Rechtsanwalt, Zieglergasse 3/3/3, 1070 Wien, zu ersetzen. Die Auftraggeber sind verpflichtet, der Antragstellerin, römisch 40, die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 1.026,-- sowie die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 513,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu Handen ihres bevollmächtigten Rechtsvertreters, Mag. Werner Hauser, Rechtsanwalt, Zieglergasse 3/3/3, 1070 Wien, zu ersetzen.

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang: römisch eins. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz vom 02.11.2015 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.10.2015 und auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die ihr mit Fax am 23.10.2015 bekannt gegebene Entscheidung, den Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren an die XXXX zu einer Vergabesumme von EUR 122.525,98 (excl. USt) erteilen zu wollen. Die Antragstellerin sei ein Glastechnikunternehmen und habe ein Interesse am Abschluss des gegenständlichen Vertrages, was sie durch das Legen eines Angebotes bekundet habe. Ihr seien durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und die Erstellung des Angebotes Kosten entstanden. Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die ihr mit Fax am 23.10.2015 bekannt gegebene Entscheidung, den Zuschlag im streitgegenständlichen

Vergabeverfahren an die römisch 40 zu einer Vergabesumme von EUR 122.525,98 (excl. USt) erteilen zu wollen. Die Antragstellerin sei ein Glastechnikunternehmen und habe ein Interesse am Abschluss des gegenständlichen Vertrages, was sie durch das Legen eines Angebotes bekundet habe. Ihr seien durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und die Erstellung des Angebotes Kosten entstanden.

Die Antragstellerin habe am 24.09.2015 rechtzeitig ein Angebot mit einer Angebotssumme von EUR 123.837,-- (excl. USt), abzüglich eines Nachlasses von 5 % mit einer Angebotssumme von EUR 117.645,15 (excl. USt) gelegt. Diesen Nachlass habe die Antragstellerin sowohl auf der

1. Seite des Begleitschreibens zu ihrem Angebot als auch in der Zusammenstellung der Leistungsgruppen auf Seite 33 des elektronisch erstellten Kurz-LV deutlich ersichtlich ausgewiesen. Der unwiderrufliche und eindeutige Bindungswille sei sohin auf den Abschluss eines Vertrages mit einem Entgelt in der Höhe von EUR 117.645,15 gerichtet gewesen. Dies habe die Auftraggeberin auch völlig richtig erkannt und in der Niederschrift zu Angebotsöffnung den korrekten Betrag vermerkt.

Am 01.10.2015 sei die Antragstellerin durch das Architekturbüro AT4 Architekten aufgefordert worden, ua das ausgepreiste "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge" nachzureichen, was die Antragstellerin am 09.10.2015 fristgerecht gemacht habe.

Im Rahmen der Zuschlagsentscheidung vom 23.10.2015 führe die Auftraggeberin aus, dass der Nachlass in Höhe von 5% nicht habe berücksichtigt werden können, da sie mit ihrem Angebot kein Summenblatt samt Nachlass abgegeben habe, sondern entgegen den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen der Nachlass im Leistungsverzeichnis bzw im Begleitschreiben angegeben worden sei. Das im Zuge der Angebotsprüfung übermittelte Summenblatt dürfe nicht anerkannt werden, da das Nachreichen dieses Angebotsbestandteiles unzulässig sei.

Die Antragstellerin habe sodann die Niederschrift über die Angebotsöffnung angefordert. Daraus erhele, dass lediglich die ins Auge gefasste Zuschlagsempfängerin und die Antragstellerin Angebote abgegeben hätten und dass als Netto-Angebotssumme bei der Antragstellerin richtigerweise ein Betrag von EUR 117.645,15 eingetragen sei. Die Antragstellerin habe sodann die Auftraggeberin um die Rücknahme der Zuschlagsentscheidung ersucht, was die Auftraggeberin mit Schreiben vom 29.10.2015 verweigert habe. Eine Berücksichtigung des Nachlasses und damit ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der bestandfesten Ausschreibung würden dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter widersprechen.

Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin zeige sich aus dem Zusammenhalt der Bestimmungen des § 118 BVergG, dass die Angabe eines Preisnachlasses oder sonstiger Preisänderungen durch Begleitschreiben geradezu als Regelfall angesehen werde und dass der Gesetzgeber offenkundig die Eindeutigkeit des zivilrechtlichen Bindungswillens als maßgeblich erachte. Vorliegend habe die Antragstellerin zwei Mal (im Begleitschreiben und im Kurz-LV) ihren eindeutigen Willen bekundet, den Vertrag zu einem Preis von EUR 117.645,15 schließen zu wollen. Die Nichteintragung dieses Nachlasses im Summenblatt sei sohin eine bloße Ordnungswidrigkeit. Die Berücksichtigung des Nachlasses verstoße nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da durch das Ausfüllen und Beibringen des Summenblattes am Gesamtangebot gar nichts geändert worden sei. Denkmöglich sei, dies als behebbaren Mangel anzusehen, dessen Behebung keinerlei Einfluss auf die Wettbewerbsposition der Antragstellerin hätte. Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin zeige sich aus dem Zusammenhalt der Bestimmungen des Paragraph 118, BVergG, dass die Angabe eines Preisnachlasses oder sonstiger Preisänderungen durch Begleitschreiben geradezu als Regelfall angesehen werde und dass der Gesetzgeber offenkundig die Eindeutigkeit des zivilrechtlichen Bindungswillens als maßgeblich erachte. Vorliegend habe die Antragstellerin zwei Mal (im Begleitschreiben und im Kurz-LV) ihren eindeutigen Willen bekundet, den Vertrag zu einem Preis von EUR 117.645,15 schließen zu wollen. Die Nichteintragung dieses Nachlasses im Summenblatt sei sohin eine bloße Ordnungswidrigkeit. Die Berücksichtigung des Nachlasses verstoße nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da durch das Ausfüllen und Beibringen des Summenblattes am Gesamtangebot gar nichts geändert worden sei. Denkmöglich sei, dies als behebbaren Mangel anzusehen, dessen Behebung keinerlei Einfluss auf die Wettbewerbsposition der Antragstellerin hätte.

Nicht nachvollziehbar sei, dass die Auftraggeberin entgegen dem Willen der Antragstellerin den Angebotspreis mit EUR 123.837,-- festlege. Dies verstoße gröblich gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter.

Im Übrigen wäre die Auftraggeberin, sollte sie tatsächlich der Auffassung sein, es handle sich um einen unbehebbarer Mangel, verpflichtet gewesen, das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. Im

Übrigen wäre die Auftraggeberin, sollte sie tatsächlich der Auffassung sein, es handle sich um einen unbehebbarer Mangel, verpflichtet gewesen, das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden.

Ergänzend nahm die Antragstellerin am 18.11.2015 Stellung. Es sei das Fehlen des Summenblattes ausdrücklich nicht als unbehebbarer Mangel qualifiziert worden, weswegen die Rechtsprechung zur Frage der Behebbarkeit von Mängeln heranzuziehen sei. In ständiger Rechtsprechung werde ein Mangel dann als behebbar qualifiziert, wenn die Behebung des Mangels weder preis- noch leistungsändernd wirke. Aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens ergebe sich eindeutig, dass die Auftraggeberin den angebotenen Nachlass erkannt und auch entsprechend im Angebotsöffnungsprotokoll vermerkt habe. Die Wettbewerbsstellung ändere sich daher durch die Behebung des Formmangels (Fehlen des Summenblattes) nicht.

Am 06.11.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahmen am 10.11.2015 zum gesamten Antragsvorbringen Stellung. Die Ausschreibung sei nicht angefochten worden und habe daher Bestandskraft erlangt. Nach dem objektiven und unmissverständlichen Erklärungswert der Ausschreibung sei das "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)" als Angebotsbestandteil mit dem Angebot abzugeben gewesen. Weiters ergebe sich bereits aus dem eindeutigen Wortlaut, dass ein Nachlass bzw Aufschlag außerhalb dieses Summenblattes nicht anerkannt werde und daher der Gesamtpreis ohne Nachlass bzw. Aufschlag bei der Angebotsbewertung herangezogen werde. Durch diese Bestimmungen sollten einerseits die Bieter zur Abgabe des Summenblattes verpflichtet werden, andererseits werde an das Fehlen des Summenblattes bzw an (anderslautende) Nachlässe bzw Aufschläge an anderer Stelle deren Nichtberücksichtigung als Sanktion geknüpft. Weiters solle zur Absicherung der Auftraggeberin verhindert werden, dass "versteckte" Nachlässe außerhalb des Summenblattes, die nicht verlesen worden seien, zu nachträglichen Beanstandungen führen würden. Würde man von einer bloßen sanktionslosen Formvorschrift ausgehen, müsste die Auftraggeberin - entgegen dem Wortlaut - Nachlässe bzw Aufschläge immer berücksichtigen. Die Bestimmungen wären vollkommen überflüssig und sinnentleert, was niemals unterstellt werden dürfe.

Die Antragstellerin habe ihrem Angebot kein Summenblatt beigelegt. Dies sei auch bei der Angebotsöffnung verlesen und protokolliert worden. Das Summenblatt sei im Zuge der Angebotsprüfung nachgereicht worden. Der Gesamtpreis des Angebotes der Antragstellerin betrage ohne Nachlass EUR 123.837,00 netto. Der Nachlass in Höhe von 5% sei im Leistungsverzeichnis sowie im Begleitschreiben angeführt. Dieser Nachlass habe aufgrund der bestandsfesten Bestimmungen der Ausschreibung nicht berücksichtigt werden dürfen, da das Summenblatt bei der Angebotsabgabe nicht vorhanden gewesen sei. Die Antragstellerin habe ihr Angebot zwar formal vervollständigt. Eine Berücksichtigung des Nachlasses würde aber - eine positive inhaltliche Prüfung vorausgesetzt - zu einer Vorreihung der Antragstellerin von der zweiten auf die erste Stelle führen und damit die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin materiell verbessern. Damit käme es zu einer Verletzung der Vergabegrundsätze, insbesondere des Gleichbehandlungsgebotes.

Die Auftraggeberin habe kein Angebot für die Antragstellerin erstellt, sondern dieses lediglich nach den Ausschreibungsbestimmungen bewertet. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin komme deren Angebot nicht aufgrund einer Ausscheidenssanktion sondern aufgrund der Reihung an zweiter Stelle nicht zum Zug.

In Replik auf die Stellungnahme der Antragstellerin vom 18.11.2015 nahm die Auftraggeberin am 24.11.2015 Stellung und führte aus, dass selbst wenn man von der Behebbarkeit des Mangels ausginge und die Vervollständigung des Angebotes zuließe, so stelle sich weiterhin die Frage, ob die Auftraggeberin einen nicht zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung im Schlussblatt enthaltenen Nachlass berücksichtigen dürfe und damit den Angebotspreis im Nachhinein reduzieren dürfe. Dies sei zu verneinen, da es zu einem Bietersturz und damit zu einer vergaberechtlich unzulässigen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin käme. Eine solche Vorgehensweise widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen und es komme der Auftraggeberin daher insofern auch kein Ermessen zu.

Am 12.11.2015 erhob die XXXX, vertreten durch Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH, Sterneckstraße 35, 5020 Salzburg (in der Folge: Mitbeteiligte Partei), begründete Einwendungen. Gemäß den bestandsfesten Bestimmungen in der Ausschreibung wäre eine Nachlass, der an keine Bedingungen gebunden sei, zwingend in das "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)" aufzunehmen gewesen. Das Summenblatt hätte bereits bei Öffnung der Angebote vorhanden sein müssen. Aus der Niederschrift zur Angebotsöffnung gehe jedoch

hervor, dass beim Angebot der Antragstellerin das zur Berücksichtigung eines Nachlasses erforderliche Summenblatt fehle. Damit widerspreche das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsbedingungen, da sie einen nicht an Bedingungen gebundenen Nachlass nicht im Summenblatt, sondern an anderer Stelle angeboten habe. Sollte ein mangelhaftes Angebot vorliegen, so handle es sich um einen nicht behebbaren Mangel, da den Bieter durch Nachtragung des Summenblattes ein längerer Zeitraum zur Angebotsausarbeitung und damit eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung eingeräumt würde. Unabhängig davon verhindere die bestandsfeste Ausschreibung die Berücksichtigung eines Nachlasses anlässlich eines erst nach Angebotsöffnung vorgelegten Summenblattes. Am 12.11.2015 erhob die römisch 40, vertreten durch Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH, Sterneckstraße 35, 5020 Salzburg (in der Folge: Mitbeteiligte Partei), begründete Einwendungen. Gemäß den bestandsfesten Bestimmungen in der Ausschreibung wäre eine Nachlass, der an keine Bedingungen gebunden sei, zwingend in das "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)" aufzunehmen gewesen. Das Summenblatt hätte bereits bei Öffnung der Angebote vorhanden sein müssen. Aus der Niederschrift zur Angebotsöffnung gehe jedoch hervor, dass beim Angebot der Antragstellerin das zur Berücksichtigung eines Nachlasses erforderliche Summenblatt fehle. Damit widerspreche das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsbedingungen, da sie einen nicht an Bedingungen gebundenen Nachlass nicht im Summenblatt, sondern an anderer Stelle angeboten habe. Sollte ein mangelhaftes Angebot vorliegen, so handle es sich um einen nicht behebbaren Mangel, da den Bieter durch Nachtragung des Summenblattes ein längerer Zeitraum zur Angebotsausarbeitung und damit eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung eingeräumt würde. Unabhängig davon verhindere die bestandsfeste Ausschreibung die Berücksichtigung eines Nachlasses anlässlich eines erst nach Angebotsöffnung vorgelegten Summenblattes.

Aus der Niederschrift zur Angebotsöffnung gehe hervor, dass das Angebot möglicherweise an einem weiteren nicht behebbaren Mangel leide. Sollte die Antragstellerin ihrem Angebot weder Kalkulationsformblätter angeschlossen noch die Angaben in Punkt 7.2. vollständig ausgefüllt haben, wäre ihr Angebot mit einem weiteren Mangel behaftet.

Da das Angebot der Antragstellerin sohin für einen Zuschlag nicht in Frage käme, fehle ihr die Antragslegitimation. Allein deshalb, weil die Auftraggeberin von einer formalen Ausscheidung eines Angebotes Abstand genommen habe, werde ein mangelhaftes bzw. ausschreibungswidriges Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden könne.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen und der Bezug nehmenden Beilagen sowie der Unterlagen des Vergabeverfahrens wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeberin ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie schrieb die verfahrensgegenständliche Leistung "Ausschreibung 7000 Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1, BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim, Zu- und Umbau - Glaserarbeiten" im September 2015 in einem offenen Verfahren im Rahmen des betreffenden Bauvorhabens im Oberschwellerbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Die XXXX (Antragstellerin) sowie die XXXX (präsumtive Zuschlagsempfängerin) beteiligten sich durch die Abgabe von Angeboten am Vergabeverfahren. Auftraggeberin ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie schrieb die verfahrensgegenständliche Leistung "Ausschreibung 7000 Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1, BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim, Zu- und Umbau - Glaserarbeiten" im September 2015 in einem offenen Verfahren im Rahmen des betreffenden Bauvorhabens im Oberschwellerbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Die XXXX (Antragstellerin) sowie die römisch 40 (präsumtive Zuschlagsempfängerin) beteiligten sich durch die Abgabe von Angeboten am Vergabeverfahren.

Die maßgeblichen Bestimmungen der Ausschreibung lauten:

Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen:

"... Das Angebot ist in einfacher (Original) Ausfertigung in einem verschlossenen Umschlag bzw. Behälter einzureichen. Das Angebotsschreiben ist vom Bieter bzw. allen Mitgliedern einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft oder von deren bevollmächtigten Vertreter einmal auf der letzten Seite an der dafür vorgesehenen Stelle unter Beifügung des Namens in Blockschrift rechtsgültig zu unterfertigen.

Mit der rechtsgültigen Unterfertigung anerkennt der Bieter ohne Einschränkungen alle Bestimmungen dieser Ausschreibung (insbesondere die verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die Angaben zu den Leistungsbereichen und die vertragsrechtlichen Vorgaben).

...

15. Nachlässe und Aufschläge

15.1 Vom Bieter angebotene Nachlässe und/oder Aufschläge, die an keine Bedingungen gebunden sind, werden nur dann anerkannt, wenn sie am "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)" angebracht und bei der Öffnung der Angebote bereits vorhanden sind.

15.2 Vom Bieter angebotene Nachlässe und/oder Aufschläge, die an Bedingungen (z.B. terminliche oder technische Voraussetzungen, etc.) gebunden sind, werden nur dann anerkannt, wenn sie auf einem Begleitschreiben zum Angebot genannt sind. ..."

Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge:

"... Nur jene an keine Bedingungen gebundenen Nachlässe und/oder Aufschläge gelten als angeboten, die hier oben angeführt sind.

Nachlässe und/oder Aufschläge im Leistungsverzeichnis-Text oder an anderer Stelle werden nicht anerkannt.

Nachlässe und/oder Aufschläge, die an Bedingungen (z.B. terminliche oder technische Voraussetzungen, etc.) gebunden sind, können nur dann anerkannt werden, wenn sie auf einem Begleitschreiben zum Angebot genannt werden.

Bitte hier nicht unterfertigen. Ihr Angebot ist nur bei rechtsgültiger Unterfertigung des Angebotsschreibens (Formularvordruck) sowie des Leistungsverzeichnisses an den hierfür vorgesehenen Stellen gültig."

Angebotsschreiben:

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

B 2061 auf folgenden Kalkulationsgrundlagen ermittelt:

7.1 Für [Art der Arbeiten, z.B. Glaserarbeiten angeben]:

Gemäß den diesem Angebotsschreiben angeschlossenen Kalkulationsformblättern.

7.2 Gilt nur, wenn keine Kalkulationsformblätter anzuschließen sind:

Anteil Lohn

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

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

Bruttomittellohnpreis

Anteil Sonstiges

Gesamtzuschlag auf die Bruttostoffkosten

...

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

...

18.2.

bei Angeboten mit Datenträgeraustausch

? automationsunterstützt erstelltes, ausgepreistes und rechtsgültig unterfertigtes Kurz-Leistungsverzeichnis

? ausgepreister ÖNORM A 2063-Datenträger

? rechtsgültig unterfertigtes Lang-Leistungsverzeichnis oder Anerkennung gemäß § 107 Abs. 1 BVergG 2006
rechtsgültig unterfertigtes Lang-Leistungsverzeichnis oder Anerkennung gemäß Paragraph 107, Absatz eins, BVergG 2006

? ausgepreistes "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge" ..."

Lies mich Datei:

"... Ihr Angebot ist in Papierform bis zum Angebotsabgabetermin (Einladungsschreiben Seite 2)

einzureichen und hat zu bestehen aus:

1. Angebotsschreiben an der dafür vorgesehenen Stelle rechtsgültig unterfertigt

...

4. ausgepreistes Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge

5. Allfällige Beilagen lt. Angebotsschreiben Pkt. 18.2 ff"

Dem Angebot der Antragstellerin ist ein ausgepreistes und unterfertigtes Kurz-Leistungsverzeichnis angeschlossen. In diesem werden eine Leistungssumme in der Höhe von EUR 123.837,-- sowie ein Nachlass in der Höhe von 5% mit einem Betrag von EUR 6.101,85 und sohin ein Gesamtpreis in der Höhe von EUR 117.645,15 (exkl. USt) ausgewiesen. Darüber hinaus liegt dem Angebot ein Begleitschreiben bei, welches auszugsweise wie folgt lautet:

"Sehr geehrte Damen und Herren.

Wir danken für Ihre sehr geschätzte Anfrage und übersenden Ihnen beiliegend das ausgefüllte Leistungsverzeichnis mit einer Gesamtsumme vom:

€ 123.837,00 exkl. MWSt.

Abzüglich 5% Nachlass € 117.645,15 exkl. MWSt. ..."

Im Angebotsschreiben gab die Antragstellerin unter Punkt 7. in den hierfür vorgesehenen Feldern beim "Anteil Lohn" den Bruttomittelohn, den Gesamtzuschlag sowie den Bruttomittelohnpreis betragsmäßig an. Eine prozentuelle Angabe der Höhe des Gesamtzuschlags erfolgte nicht. Weiters führte sie den Prozentsatz für den Gesamtzuschlag auf die Bruttostoffkosten beim "Anteil Sonstiges" an.

Am 24.09.2015 fand die Öffnung der Angebote statt. Weder die Antragstellerin noch die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin waren bei der Angebotsöffnung anwesend. Aus der Niederschrift geht hervor, dass zwei Angebote, nämlich jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie jenes der Antragstellerin fristgerecht gelegt wurden. In der Spalte "Netto-Angebotssumme" wurde bei der Antragstellerin ein Betrag in der Höhe von EUR 117.645,15 und bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein Betrag in der Höhe von EUR 122.525,98 eingetragen. In der Spalte "Sonstige Vermerke" wurde bei der Antragstellerin der Nachlass von 5 % sowie die Anmerkung "L-LV, Pkt. 7 teilweise ausgefüllt, Summenblatt fehlt" vermerkt.

Am 01.10.2015 wurde die Antragstellerin durch das Architekturbüro AT4 Architekten aufgefordert, unter anderem das ausgepreiste "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge" bis 12.10.2015 nachzureichen. Am 09.10.2015 übermittelte die Antragstellerin das "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge" (Summenblatt). In diesem Summenblatt werden eine Gesamtwischensumme in der Höhe von EUR 123.837,-- sowie ein Nachlass in der Höhe von 5% und mit einem Betrag von EUR 6.101,85 angeführt. Der Gesamtpreis (exkl. USt) wird mit EUR 117.645,15 angegeben.

Mit Telefax vom 23.10.2015 wurde der Antragstellerin bekannt gegeben, den Zuschlag der XXXX zu einer Vergabesumme von EUR 122.525,98 (excl. USt) erteilen zu wollen. In diesem Schreiben führt die Auftraggeberin auszugsweise aus: "Wir ersuchen um Verständnis, dass Ihr Unternehmen aufgrund der Ergebnisse der sachverständigen Angebotsprüfung und dem sich daraus ergebenden Ranking nicht ausgewählt werden konnte. Dazu ist auszuführen, dass ihr Angebot zwar mit dem angeführten Nachlass von 5% einen niedrigeren Gesamtpreis als das Angebot des Bestbieters aufweist. Dieser Nachlass konnte jedoch aus den folgenden Gründen nicht berücksichtigt werden: Gemäß Punkt 15.1 der bestandfest gewordenen Angebotsbestimmungen werden Nachlässe nur dann anerkannt, wenn sie am "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)" angebracht und bei der

Öffnung der Angebote bereits vorhanden waren. Weiters wurde in dem - den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden - Summenblatt festgelegt, dass nur jene (an keine Bedingungen gebundenen) Nachlässe als angeboten gelten, die in diesem Summenblatt angeführt sind und Nachlässe im Leistungsverzeichnis-Text oder an anderer Stelle nicht anerkannt werden. Nachdem Sie ein solches Summenblatt samt Nachlass nicht mit Ihrem Angebot abgegeben haben, sondern der Nachlass in Höhe von 5% lediglich im Leistungsverzeichnis bzw. im Begleitschreiben angegeben wurde, durfte dieser Nachlass nicht bei der Bestbieterermittlung eingerechnet werden. Ebenso wenig durfte das im Zuge der Angebotsprüfung übermittelte Summenblatt anerkannt werden, da das Nachreichen dieses Angebotsbestandteils unzulässig ist." Mit Telefax vom 23.10.2015 wurde der Antragstellerin bekannt gegeben, den Zuschlag der römisch 40 zu einer Vergabesumme von EUR 122.525,98 (excl. USt) erteilen zu wollen. In diesem Schreiben führt die Auftraggeberin auszugsweise aus: "Wir ersuchen um Verständnis, dass Ihr Unternehmen aufgrund der Ergebnisse der sachverständigen Angebotsprüfung und dem sich daraus ergebenden Ranking nicht ausgewählt werden konnte. Dazu ist auszuführen, dass ihr Angebot zwar mit dem angeführten Nachlass von 5% einen niedrigeren Gesamtpreis als das Angebot des Bestbieters aufweist. Dieser Nachlass konnte jedoch aus den folgenden Gründen nicht berücksichtigt werden: Gemäß Punkt 15.1 der bestandfest gewordenen Angebotsbestimmungen werden Nachlässe nur dann anerkannt, wenn sie am "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)" angebracht und bei der Öffnung der Angebote bereits vorhanden waren. Weiters wurde in dem - den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden - Summenblatt festgelegt, dass nur jene (an keine Bedingungen gebundenen) Nachlässe als angeboten gelten, die in diesem Summenblatt angeführt sind und Nachlässe im Leistungsverzeichnis-Text oder an anderer Stelle nicht anerkannt werden. Nachdem Sie ein solches Summenblatt samt Nachlass nicht mit Ihrem Angebot abgegeben haben, sondern der Nachlass in Höhe von 5% lediglich im Leistungsverzeichnis bzw. im Begleitschreiben angegeben wurde, durfte dieser Nachlass nicht bei der Bestbieterermittlung eingerechnet werden. Ebenso wenig durfte das im Zuge der Angebotsprüfung übermittelte Summenblatt anerkannt werden, da das Nachreichen dieses Angebotsbestandteils unzulässig ist."

Am 02.11.2015 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht ein (Einbringungszeitpunkt laut ERV-Deckblatt: 14:52:41). Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Beschluss vom 09.11.2015 teilweise stattgegeben und der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt. Die Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt EUR 9.234,--.

Es wurde weder der Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (stRSp zB BVwG 24.04.2015, W187 2101270-2/38E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 4 BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin unter, jener des Gesamtvorhabens liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (stRSp zB BVwG 24.04.2015, W187 2101270-2/38E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 4, BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin unter, jener des Gesamtvorhabens liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur

Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin 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. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin 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.

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 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, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

Mit Schriftsatz vom 02.11.2015 stellte die Antragstellerin den unter Spruchpunkt A I. wiedergegebenen Nachprüfungsantrag. Dieser genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung vom 23.10.2015. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet. Da sich der Antrag lediglich auf die Vergabe eines Loses, dessen geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert gemäß den § 12 BVergG nicht erreicht, bezieht, ist lediglich die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten und wird der Mehrbetrag der Antragstellerin zurückerstattet (§ 318 Abs 1 Z 1, 4 und 6 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Mit Schriftsatz vom 02.11.2015 stellte die Antragstellerin den unter Spruchpunkt A römisch eins. wiedergegebenen Nachprüfungsantrag. Dieser genügt den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung vom 23.10.2015. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet. Da sich der Antrag lediglich auf die Vergabe eines Loses, dessen geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert gemäß den Paragraph 12, BVergG nicht erreicht, bezieht, ist lediglich die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten und wird der Mehrbetrag der Antragstellerin zurückerstattet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, 4 und 6 BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe).

Die angefochtene Entscheidung wurde der Antragstellerin am 23.10.2015 bekanntgegeben, sodass der Nachprüfungsantrag rechtzeitig innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht wurde. Die angefochtene Entscheidung wurde der Antragstellerin am 23.10.2015 bekanntgegeben, sodass der Nachprüfungsantrag rechtzeitig innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG maßgeblichen Frist eingebracht wurde.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erhob rechtzeitig begründete Einwendungen und wahrte damit ihre Parteistellung (§ 324 Abs 3 BVergG). Soweit die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorbringt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend bzw als mit einem unbehebaren Mangel behaftet auszuschneiden gewesen wäre, da sie einen nicht an Bedingungen gebundenen Nachlass nicht im Summenblatt, sondern an anderer Stelle angeboten und möglicherweise auch Punkt 7. des Angebotsschreibens nicht ordnungsgemäß ausgefüllt habe, sodass der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle, ist Folgendes festzuhalten: Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erhob rechtzeitig begründete Einwendungen und wahrte damit ihre Parteistellung (Paragraph 324, Absatz 3, BVergG). Soweit die präsumtive Zuschlagsempfängerin

vorbringt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend bzw als mit einem unbehebbaen Mangel behaftet auszuschneiden gewesen wäre, da sie einen nicht an Bedingungen gebundenen Nachlass nicht im Summenblatt, sondern an anderer Stelle angeboten und möglicherweise auch Punkt 7. des Angebotsschreibens nicht ordnungsgemäß ausgefüllt habe, sodass der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle, ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG kann jener Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann jener Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und dem folgend der Vergabekontrolle kommt einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zu, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden im Sinn des § 320 Abs 1 BVergG entstehen bzw drohen kann (siehe bereits VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; VwGH 23.05.2007, 2005/04/0103; VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200). Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG idgF zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Die Nachprüfungsbehörde ist nicht verpflichtet, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und für die Prüfung die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (ua VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011; VwGH 12.05.2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; VwGH 21.03.2011, 2007/04/0007). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und dem folgend der Vergabekontrolle kommt einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zu, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden im Sinn des Paragraph 320, Absatz eins, BVergG entstehen bzw drohen kann (siehe bereits VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; VwGH 23.05.2007, 2005/04/0103; VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200). Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idgF zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Die Nachprüfungsbehörde ist nicht verpflichtet, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und für die Prüfung die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (ua VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011; VwGH 12.05.2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; VwGH 21.03.2011, 2007/04/0007).

Vorauszuschicken ist, dass die gegenständliche Ausschreibung mangels rechtzeitiger Anfechtung Bestandskraft erlangt hat und sohin nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe ua VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135). 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; EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Umgekehrt müssen alle Bieter 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). Vorauszuschicken ist, dass die gegenständliche Ausschreibung mangels rechtzeitiger Anfechtung Bestandskraft erlangt hat und sohin nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und

Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe ua VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135). 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; EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Umgekehrt müssen alle Bieter 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.).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe ua BVwG 16.11.2015, W123 2115955-2/25E; BVwG 11.08.2015, W138 2110661-2/18E; BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 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). Dies gilt auch für die Auslegung der Willenserklärungen der Bieter und damit für die Auslegung ihrer Angebote (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; ua BVA 14.06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (siehe ua BVwG 16.11.2015, W123 2115955-2/25E; BVwG 11.08.2015, W138 2110661-2/18E; BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 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). Dies gilt auch für die Auslegung der Willenserklärungen der Bieter und damit für die Auslegung ihrer Angebote (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; ua BVA 14.06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8).

Dem Angebot der Antragstellerin war bei Angebotsöffnung kein "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge" angeschlossen. Den Nachlass von 5% auf den von ihr angebotenen Gesamtangebotspreis in der Höhe von EUR 123.837,-- führte die Antragstellerin im Kurz-Leistungsverzeichnis sowie in einem Begleitschreiben an.

Entgegen der Ansicht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hat die Antragstellerin hierdurch - wie nachfolgend gezeigt wird - keinen Ausscheidenstatbestand gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG verwirklicht. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist gegeben. Entgegen der Ansicht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hat die Antragstellerin hierdurch - wie nachfolgend gezeigt wird - keinen Ausscheidenstatbestand gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG verwirklicht. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist gegeben.

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

Gemäß § 108 Abs 1 Z 4 BVergG muss jedes Angebot die Preise samt allen geforderten Aufgliederungen und den allenfalls notwendigen Erläuterungen enthalten. Im Leistungsverzeichnis oder im Kurzleistungsverzeichnis sind die Preise an den hierzu bestimmten Stellen einzutragen. Gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG muss jedes Angebot die Preise samt allen geforderten Aufgliederungen und den allenfalls notwendigen Erläuterungen enthalten. Im Leistungsverzeichnis oder im Kurzleistungsverzeichnis sind die Preise an den hierzu bestimmten Stellen einzutragen.

Gemäß § 108 Abs 2 BVergG erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Gemäß Paragraph 108, Absatz 2, BVergG erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

Gemäß § 118 Abs 5 Z 2 und 5 BVergG sind bei der Angebotsöffnung aus den Angeboten der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise sowie wesentliche Erklärungen der Bieter vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten. Gemäß Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 2 und 5 BVergG sind bei der Angebotsöffnung aus den Angeboten der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise sowie wesentliche Erklärungen der Bieter vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten.

Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, gemäß § 126 Abs 1 BVergG vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden. Gemäß § 126 Abs 2 BVergG darf die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze der §§ 19 Abs 1, 101 Abs 4, 104 Abs 2 und 127 BVergG nicht verletzen. Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden. Gemäß Paragraph 126, Absatz 2, BVergG darf die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 BVergG nicht verletzen.

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden.

Ob ein Angebot einen zum Ausscheiden führenden Widerspruch aufweist, ist am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen. Überdies hält der Verwaltungsgerichtshof in mittlerweile ständiger Rechtsprechung fest, dass vor dem Hintergrund des § 108 Abs 2 BVergG die Annahme, ein Bieter wolle ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen,

nur dann gerechtfertigt ist, wenn er dies - klar - zum Ausdruck bringt (VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066 mwN). Ob ein Angebot einen zum Ausscheiden führenden Widerspruch aufweist, ist am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen. Überdies hält der Verwaltungsgerichtshof in mittlerweile ständiger Rechtsprechung fest, dass vor dem Hintergrund des Paragraph 108, Absatz 2, BVergG die Annahme, ein Bieter wolle ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen, nur dann gerechtfertigt ist, wenn er dies - klar - zum Ausdruck bringt (VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066 mwN).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbar Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde (ua VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087; VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030; VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186). Im Erkenntnis vom 25.03.2010, 2005/04/0144, präzisierte der Verwaltungsgerichtshof diese Rechtsprechung dahingehend, dass ein Mangel, welcher eine inhaltliche Änderung des Angebotes hinsichtlich eines Bereiches, der für die Bewertung der Angebote relevant ist, bedeute, unbehebbar wäre. Ein nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes behebbarer Mangel stellt daher keine (materielle) nachträgliche Änderung des Angebotes dar, vielmehr bleibt dieses materiell (seinem Inhalt nach) unverändert. Gemäß der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und der Vergabekontrolle kann es auch eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung bedeuten, wenn "nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten" (wiederum VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186; BVwG 24.07.2014, W138 2008591-1/45E; BVwG vom 05.06.2014, W138 2007599-1/15E; ua BVA 30.05.2012, N/0040-BVA/10/2012-27; BVA 27.05.2011, N/0024-BVA/13/2011-24).

Im vorliegenden Fall ist das Angebot der Antragstellerin nach dessen objektivem Erklärungswert dahingehend auszulegen, dass die Leistung bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung unter Gewährung eines an keine Bedingungen gebundenen Nachlasses in der Höhe von 5% zu einem Gesamtpreis von EUR 117.645,15 angeboten wird. Dies hat die Antragstellerin klar und deutlich durch Bezeichnung des Nachlasses im Leistungsverzeichnis sowie überdies im Rahmen des Begleitschreibens - wie dies auch von der Auftraggeberin im Zuge der Angebotsöffnung richtig erkannt wurde - zum Ausdruck gebracht. Der Ansicht der Auftraggeberin, die Antragstellerin habe den Nachlass von 5% zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch nicht angeboten und die Berücksichtigung des Nachlasses würde daher zu einer nachträglichen Reduktion des Angebotspreises führen, kann daher nicht gefolgt werden. Denn sowohl im Leistungsverzeichnis als auch im Summenblatt an der jeweils dafür vorgesehenen Stelle angeführte Nachlässe sind grundsätzlich unter Zugrundelegung des aufgezeigten Interpretationsmaßstabes als vom Bieter angeboten anzusehen. Aufgrund der bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen werden allerdings vom Bieter angebotene Nachlässe und/oder Aufschläge, die an keine Bedingungen gebunden sind, nur dann anerkannt, wenn sie im "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge" vermerkt und bei der Angebotsöffnung vorhanden sind.

Angesichts des Wortlauts der maßgeblichen Ausschreibungsbestimmungen in Zusammenhalt mit dem Leistungsverzeichnis, welches eine entsprechende Position für die Bezeichnung allfälliger Nachlässe bzw Aufschläge beinhaltet, steht es daher nach Auffassung des Senates nicht - und schon gar nicht in klar zum Ausdruck gebrachter Weise - in Widerspruch zur Ausschreibung, einen Nachlass (auch) an einer anderen Stelle, so etwa im Leistungsverzeichnis oder in einem Begleitschreiben, anzubieten. Die Konsequenz, welche die Auftraggeberin daran knüpft, ist allerdings, dass ein Angebot, bei welchem unterlassen wurde, (auch) am Summenblatt den angebotenen Nachlass anzubringen, ohne Berücksichtigung des an anderer Stelle vermerkten Nachlasses im Vergabeverfahren verbleiben soll. Beim Angebot der Antragstellerin handelt es sich demnach nicht um ein ausschreibungswidriges Angebot.

Zutreffend ist, dass das Angebot der Antragstellerin als nicht vollständig zu qualifizieren ist, da dem Angebot der Antragstellerin das ausgepreiste Summenblatt bei Angebotsöffnung nicht beigelegt ist. An das Fehlen dieses Summenblattes wird durch die Ausschreibung weder die Sanktion des Ausscheidens des betreffenden Angebotes noch die Sanktion der Nichtberücksichtigung von Nachlässen bzw Aufschlägen an anderer Stelle schlechthin geknüpft.

Sohin ist der Frage nachzugehen, ob das Fehlen des Summenblattes im vorliegenden Fall einen behebbaren Mangel darstellt und ob die Auftraggeberin demnach das Angebot der Antragstellerin unter Berücksichtigung des Nachlasses auf Basis der Ausschreibungsbestimmungen hätte bewerten müssen.

Die aufgezeigte ständige Rechtsprechung zur Behebbarkeit von Mängeln stellt darauf ab, ob durch die Behebung eines Mangels die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert werden würde. Die Auftraggeberin hat bei der Angebotsöffnung den von der Antragstellerin angebotenen Angebotspreis unter Berücksichtigung des von ihr angebotenen Nachlasses in der Höhe von 5% verlesen und ist damit im Einklang mit den gesetzlichen Anforderungen des § 115 Abs 5 Z 2 und 3 BVergG vorgegangen. Durch das Nachreichen des ausgepreisten Summenblattes war es der Antragstellerin daher nicht mehr möglich, ihre Wettbewerbsstellung durch Angabe eines anderen Nachlasses im Summenblatt zu verbessern. Nur das Anbieten dieses im Leistungsverzeichnis sowie im Begleitschreiben angebotenen und bereits bei Angebotsöffnung vorhandenen Nachlasses lässt das Angebot inhaltlich unverändert. Da die Antragstellerin mit der über Aufforderung erfolgten Übermittlung des Summenblattes im konkreten Fall keine nachträgliche inhaltliche Veränderung an ihrem Angebot vornahm und sie entgegen der Ansicht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dadurch auch nicht mehr Zeit für die Ausarbeitung des Angebotes zur Verfügung hatte, wurde der Mangel der Unvollständigkeit des Angebotes zulässigerweise behoben. Auch insofern war das Angebot der Antragstellerin sohin nicht aus dem Vergabeverfahren auszuschcheiden. Die aufgezeigte ständige Rechtsprechung zur Behebbarkeit von Mängeln stellt darauf ab, ob durch die Behebung eines Mangels die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert werden würde. Die Auftraggeberin hat bei der Angebotsöffnung den von der Antragstellerin angebotenen Angebotspreis unter Berücksichtigung des von ihr angebotenen Nachlasses in der Höhe von 5% verlesen und ist damit im Einklang mit den gesetzlichen Anforderungen des Paragraph 115, Absatz 5, Ziffer 2 und 3 BVergG vorgegangen. Durch das Nachreichen des ausgepreisten Summenblattes war es der Antragstellerin daher nicht mehr möglich, ihre Wettbewerbsstellung durch Angabe eines anderen Nachlasses im Summenblatt zu verbessern. Nur das Anbieten dieses im Leistungsverzeichnis sowie im Begleitschreiben angebotenen und bereits bei Angebotsöffnung vorhandenen Nachlasses lässt das Angebot inhaltlich unverändert. Da die Antragstellerin mit der über Aufforderung erfolgten Übermittlung des Summenblattes im konkreten Fall keine nachträgliche inhaltliche Veränderung an ihrem Angebot vornahm und sie entgegen der Ansicht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dadurch auch nicht mehr Zeit für die Ausarbeitung des Angebotes zur Verfügung hatte, wurde der Mangel der Unvollständigkeit des Angebotes zulässigerweise behoben. Auch insofern war das Angebot der Antragstellerin sohin nicht aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden.

Soweit die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorbringt, die Antragstellerin habe Punkt 7. des Angebotsschreibens möglicherweise nicht ordnungsgemäß ausgefüllt, ist festzuhalten, dass die Antragstellerin die Beträge beim "Anteil Lohn" in Euro angeführt hat und dass daher das Unterlassen der Prozentangabe beim Gesamtzuschlag keine Auswirkungen auf das insofern inhaltlich eindeutige Angebot hat.

Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist sohin als gegeben zu erachten. Auch ist im Übrigen das Vorliegen eines offenkundig den Akten des Vergabeverfahrens zu entnehmenden Ausscheidensgrundes nicht anzunehmen (ua VwGH 31.05.2011, 2007/04/0095).

2.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 325 Abs 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und 2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltenden gemachten Recht verletzt, und 2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Materialien sehen einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens dann, wenn die festgestellte Rechtswidrigkeit Auswirkungen auf den Verfahrensausgang haben könnte (RV 1171 BlgNR XXII. GP 141). Es genügt also eine potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Es muss wenigstens die Möglichkeit

bestehen, dass bei rechtskonformer Vorgangsweise des Auftraggebers ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens möglich ist. (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 325 Rz 12). Die Materialien sehen einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens dann, wenn die festgestellte Rechtswidrigkeit Auswirkungen auf den Verfahrensausgang haben könnte (Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 141). Es genügt also eine potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Es muss wenigstens die Möglichkeit bestehen, dass bei rechtskonformer Vorgangsweise des Auftraggebers ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens möglich ist. (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 325, Rz 12).

Aufgrund der Ausführungen unter Punkt 3.1. kommt der erkennende Senat nicht nur zu der Ansicht, dass die Antragstellerin antragslegitimiert ist, sondern auch zu der Ansicht, dass der Einwand der Antragstellerin, die Zuschlagsentscheidung sei insofern rechtswidrig, als beim Angebot der Antragstellerin der Nachlass von 5% hätte berücksichtigt werden müssen, zu Recht besteht.

Wie aufgezeigt stellt nämlich das Fehlen des Summenblattes in der vorliegenden Konstellation einen behebbaren Mangel dar. Die Antragstellerin ist der Aufforderung der Auftraggeberin, das ausgepreiste Summenblatt nachzureichen, auch fristgerecht nachgekommen, sodass die Auftraggeberin folglich das Angebot der Antragstellerin unter Zugrundelegung des Nachlasses, der im Summenblatt angeboten wird, im Rahmen der Angebotsbewertung berücksichtigen hätte müssen. Sohin erweist sich die vorliegende Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig. Die Antragstellerin wird jedenfalls in einem von ihr im verfahrenseinleitenden Schriftsatz unter Pkt. 4. bezeichneten subjektiven Recht verletzt. Diese Rechtswidrigkeit ist auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Auftraggeberin - bei ordnungsgemäßer Prüfung - zu einem anderen Ergebnis gelangen hätte können. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war daher stattzugeben.

Zum Entfall der mündlichen Verhandlung

Gemäß § 316 Abs 1 Z 3 BVergG kann - soweit dem weder Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen - die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist. Gemäß Paragraph 316, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG kann - soweit dem weder Artikel 6, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bundesgesetzblatt Nr. 210 aus 1958,, noch Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen - die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist.

Die Voraussetzungen für den Entfall einer mündlichen Verhandlung liegen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor. Sämtliche entscheidungsrelevanten Unterlagen ergaben sich aus den Schriftsätzen der Parteien sowie dem vorgelegten Vergabeakt. Das Parteiengehör gemäß § 45 Abs 3 AVG wurde durch Übermittlung der verfahrensrelevanten Schriftsätze der Parteien jedenfalls gewahrt. Abgesehen davon handelt es sich gegenständlich allein um die Beurteilung einer Rechtsfrage. Die Voraussetzungen für den Entfall einer mündlichen Verhandlung liegen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor. Sämtliche entscheidungsrelevanten Unterlagen ergaben sich aus den Schriftsätzen der Parteien sowie dem vorgelegten Vergabeakt. Das Parteiengehör gemäß Paragraph 45, Absatz 3, AVG wurde durch Übermittlung der verfahrensrelevanten Schriftsätze der Parteien jedenfalls gewahrt. Abgesehen davon handelt es sich gegenständlich allein um die Beurteilung einer Rechtsfrage.

2.3 Spruchpunkt A II. - Ersatz der Pauschalgebühren 2.3 Spruchpunkt A römisch zwei. - Ersatz der Pauschalgebühren

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG 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. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG 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.

Gemäß § 319 Abs 2 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn
Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung 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.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht
Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von gesamt EUR 1.539,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt (§ 318 Abs 1 Z 1, 4 und 6 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von gesamt EUR 1.539,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, 4 und 6 BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe).

Das Bundesverwaltungsgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Das Bundesverwaltungsgericht erklärte die Zuschlagsentscheidung antragsgemäß für nichtig. Die Auftraggeber sind daher verpflichtet, der Antragstellerin die bezahlten Pauschalgebühren zu ersetzen.

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 (siehe die unter Punkt 3. zitierte Rechtsprechung) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.
Die 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 (siehe die unter Punkt 3. zitierte Rechtsprechung) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsänderung, Angebotsbewertung, Angebotsöffnung, Antragslegimitation, Auslegung der Ausschreibung, Bauauftrag, Begleitschreiben, Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung, Bietergleichbehandlung, Bindungswille, Formmangel, Grundsatz der Gleichbehandlung, Leistungsinhalt, Mangelhaftigkeit, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Niederschrift, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebührenersatz, Preisnachlass, Schaden, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Vergabeverfahren, Vollständigkeit des Angebots, Zeitpunkt

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W139.2116600.2.00

Zuletzt aktualisiert am

18.01.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at