

TE Bvwg Erkenntnis 2015/12/21 W138 2117130-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.12.2015

Entscheidungsdatum

21.12.2015

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §12 Abs1

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §2 Z16 Iita

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §68 Abs1 Z6

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 § 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 § 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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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 2117130-2/25E

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 Rundfunkes (ORF) Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Wolf Theiss Rechtsanwälte GMBH und CO KG, Schuberting 6, 1010 Wien, über den Antrag der XXXX, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 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 Rundfunkes (ORF) Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Wolf Theiss Rechtsanwälte GMBH und CO KG, Schuberting 6, 1010 Wien, über den Antrag der römisch 40, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, vom 13.11.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wird gem. § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG abgewiesen. römisch eins. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wird gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG abgewiesen.

II. Der Antrag auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren wird gem. § 319 Abs. 1 und 2 BVergG abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren wird gem. Paragraph 319, Absatz eins und 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:

Im Antrag auf Nichtigerklärung vom 13.11.2015 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber der Österreichische Rundfunk sei. Der Auftraggeber führe ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung durch. Ausschreibungsgegenstand sei die Lieferung von Büromöbeln mit der Auftragsbezeichnung "Möblierung

Projekt Medienstandort Königsberg". Am 27.07.2015 sei die Antragstellerin zur Angebotslegung eingeladen worden. Die Antragstellerin hätte ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Mit Schreiben vom 18.09.2015 habe der Auftraggeber eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der XXXX mitgeteilt. Die damals getroffene Zuschlagsentscheidung sei von der Antragstellerin und einem weiteren Bieter angefochten worden. Diese Nachprüfungsanträge seien unter anderem darauf gestützt worden, dass die damals präsumtive Zuschlagsempfängerin die festgelegten Eignungskriterien nicht erfüllen würde. Der Auftraggeber habe die ursprüngliche Zuschlagsentscheidung selbst zurückgenommen. Anschließend sei aber weder das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden worden, noch eine Widerrufsentscheidung mitgeteilt worden. Mit Schreiben vom 18.09.2015 habe der Auftraggeber eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der römisch 40 mitgeteilt. Die damals getroffene Zuschlagsentscheidung sei von der Antragstellerin und einem weiteren Bieter angefochten worden. Diese Nachprüfungsanträge seien unter anderem darauf gestützt worden, dass die damals präsumtive Zuschlagsempfängerin die festgelegten Eignungskriterien nicht erfüllen würde. Der Auftraggeber habe die ursprüngliche Zuschlagsentscheidung selbst zurückgenommen. Anschließend sei aber weder das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden worden, noch eine Widerrufsentscheidung mitgeteilt worden.

Stattdessen habe der Auftraggeber mit Schreiben vom 03.11.2015 mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden müsse. Die nunmehr angefochtene Ausscheidensentscheidung sei aus mehreren Gründen rechtswidrig. Nachdem die Antragsteller die Nachprüfungsanträge zurückgezogen hätten, habe der Auftraggeber nicht etwa eine neue Zuschlagsentscheidung getroffen oder das Verfahren widerrufen, sondern ausgerechnet die Angebote jener beiden Bieter ausgeschieden, die die zuvor getroffene Zuschlagsentscheidung angefochten hätten und dies erwartbarer Weise auch bei einer neuerlichen Zuschlagsentscheidung zugunsten der XXXX tun würden. Stattdessen habe der Auftraggeber mit Schreiben vom 03.11.2015 mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden müsse. Die nunmehr angefochtene Ausscheidensentscheidung sei aus mehreren Gründen rechtswidrig. Nachdem die Antragsteller die Nachprüfungsanträge zurückgezogen hätten, habe der Auftraggeber nicht etwa eine neue Zuschlagsentscheidung getroffen oder das Verfahren widerrufen, sondern ausgerechnet die Angebote jener beiden Bieter ausgeschieden, die die zuvor getroffene Zuschlagsentscheidung angefochten hätten und dies erwartbarer Weise auch bei einer neuerlichen Zuschlagsentscheidung zugunsten der römisch 40 tun würden.

Aufschlussreich sei in diesem Zusammenhang ein von der Rechtsvertretung des Auftraggebers am 27.10.2015 erteilter Prüfantrag. Bereits der Umstand, dass dieser Prüfauftrag nicht auf alle Bieter, sondern nur auf die Antragstellerin bezogen sei, spreche für sich. Beauftragter Prüfer sei auch ein Unternehmen, das zumindest in der Vergangenheit eine äußerst enge Beziehung ausgerechnet zu jenem Bieter habe, welcher von einem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin profitieren könnte. Es würden in der Ausscheidensentscheidung auch solche Ausscheidensgründe angegeben, die die erste Verfahrensstufe betreffen würden und dem anwaltlich begleiteten Auftraggeber bereits in der ersten Verfahrensstufe auffallen hätten müssen und somit schon damals zu einer negativen Auswahlentscheidung führen hätten müssen. Die angefochtene Ausscheidensentscheidung sei in Wahrheit nicht von dem Bestreben getragen, vergaberechtlichen Vorschriften zu entsprechen. Vielmehr sollte scheinbar mittels Ausscheidensentscheidung verhindert werden, den Bietern der ausgeschiedenen Angebote eine Zuschlagsentscheidung mitteilen zu müssen. Eine derartige Vorgehensweise wäre rechtsmissbräuchlich. Unter Berücksichtigung des derzeitigen vom BVergG geregelten Rechtsschutzsystems könne ein effektiver Rechtsschutz in der vorliegenden Fallkonstellation nur dadurch sichergestellt werden, dass eine Ausscheidensentscheidung unabhängig vom Vorliegen vermeintlicher Ausscheidensgründe, zumindest dann für nichtig erklärt werde, wenn diese Ausscheidensentscheidung offenkundig von der Absicht getragen sei, willkürlich und sanktionslos ein ebenfalls auszuschcheidendes Angebot annehmen zu können. Unabhängig von den angestellten Rechtsschutzwägungen sei die Ausscheidensentscheidung auch deshalb rechtswidrig und für nichtig zu erklären, weil die genannten Ausscheidensgründe nicht bestehen würden. Vom Auftraggeber werde insbesondere beanstandet, dass die Antragstellerin ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gelegt hätte. Dabei werde ausgeführt, dass die als Muster bereitgestellten Produkte nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entsprechen würden. Bereits nach den ausdrücklichen Ausschreibungsregeln habe die Antragstellerin mit der Abgabe des Angebotes ohne Einschränkung alle Bestimmungen der Ausschreibung anerkannt und ausdrücklich erklärt, die gemäß Ausschreibung bedungenen Leistungen auszuführen. Damit habe die Antragstellerin insbesondere auch alle in

der Leistungsbeschreibung festgelegten Spezifikationen ausdrücklich anerkannt und ihrem Angebot zugrunde gelegt. Darüber hinaus hätte die Antragstellerin die Spezifikationen der Ausschreibung zusätzlich auch bei den einzelnen Produkten nochmals explizit anerkannt.

Bemängelt werde von der Auftraggeberin z.B. dass in der Leistungsbeschreibung ein Drehstuhl ohne Armlehne gefordert gewesen wäre und dem gegenüber im Rahmen der Bemusterung ein Drehstuhl mit Armlehnen zur Verfügung gestellt worden sei. Der Auftraggeber übergehe dabei, dass die Antragstellerin einen Produktnachweis mit der Abbildung eines Drehstuhles vorgelegt habe, wobei die Abbildung einen Drehstuhl mit Armlehnen zeige. Bei dieser Abbildung sei gleichzeitig unter anderem folgendes vermerkt ("Symbolfoto - Ausführung gemäß LV-Position"; "Ausführung als Bürostuhl ohne Armlehnen"). Für einen durchschnittlich verständigen Auftraggeber müsste also völlig klar sein, dass der abgebildete bzw. im Rahmen der Bemusterung zur Verfügung gestellte Drehstuhl im Auftragsfall ausschreibungskonform ohne Armlehnen geliefert werde. Ähnliches gelte hinsichtlich der übrigen Muster und Abbildungen. Auch hier sei von der Antragstellerin im beigelegten Produktnachweis ausdrücklich festgehalten worden, dass die Ausführung gemäß LV-Position erfolgen werde, sodass bei etwaigen Abweichungen der symbolhaft abgebildeten bzw. bemusterten Produkte die Ausführung der angebotenen und im Auftragsfall zu liefernden Produkte stets entsprechend den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses erfolgen würde. Nach der Rechtsprechung liege ein Ausschreibungswiderspruch nur dann vor, wenn dies vom Bieter klar zum Ausdruck gebracht werde. Auf einen derart klar zum Ausdruck gebrachten Ausschreibungswiderspruch könne sicher nicht bloß aus einem vorgelegten Muster oder einer symbolhaften Abbildung geschlossen werden. Soweit der Auftraggeber die Ansicht vertreten sollte, dass allfällige Abweichungen der Muster von den ausgeschriebenen bzw. angebotenen Spezifikationen einen eigenen Ausscheidensgrund darstellen würden, sei angemerkt, dass ein solcher Ausscheidensgrund in § 129 BVergG gerade nicht enthalten sei. Die vorliegende Ausschreibung enthalte keine ausdrückliche Regelung, wonach vorgelegte Muster zu 100 % den ausgeschriebenen Spezifikationen entsprechen müssten und noch viel weniger eine Regelung dahin gehend, wonach dies zwingend zum sofortigen Ausscheiden führen würde. Bemängelt werde von der Auftraggeberin z.B. dass in der Leistungsbeschreibung ein Drehstuhl ohne Armlehne gefordert gewesen wäre und dem gegenüber im Rahmen der Bemusterung ein Drehstuhl mit Armlehnen zur Verfügung gestellt worden sei. Der Auftraggeber übergehe dabei, dass die Antragstellerin einen Produktnachweis mit der Abbildung eines Drehstuhles vorgelegt habe, wobei die Abbildung einen Drehstuhl mit Armlehnen zeige. Bei dieser Abbildung sei gleichzeitig unter anderem folgendes vermerkt ("Symbolfoto - Ausführung gemäß LV-Position"; "Ausführung als Bürostuhl ohne Armlehnen"). Für einen durchschnittlich verständigen Auftraggeber müsste also völlig klar sein, dass der abgebildete bzw. im Rahmen der Bemusterung zur Verfügung gestellte Drehstuhl im Auftragsfall ausschreibungskonform ohne Armlehnen geliefert werde. Ähnliches gelte hinsichtlich der übrigen Muster und Abbildungen. Auch hier sei von der Antragstellerin im beigelegten Produktnachweis ausdrücklich festgehalten worden, dass die Ausführung gemäß LV-Position erfolgen werde, sodass bei etwaigen Abweichungen der symbolhaft abgebildeten bzw. bemusterten Produkte die Ausführung der angebotenen und im Auftragsfall zu liefernden Produkte stets entsprechend den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses erfolgen würde. Nach der Rechtsprechung liege ein Ausschreibungswiderspruch nur dann vor, wenn dies vom Bieter klar zum Ausdruck gebracht werde. Auf einen derart klar zum Ausdruck gebrachten Ausschreibungswiderspruch könne sicher nicht bloß aus einem vorgelegten Muster oder einer symbolhaften Abbildung geschlossen werden. Soweit der Auftraggeber die Ansicht vertreten sollte, dass allfällige Abweichungen der Muster von den ausgeschriebenen bzw. angebotenen Spezifikationen einen eigenen Ausscheidensgrund darstellen würden, sei angemerkt, dass ein solcher Ausscheidensgrund in Paragraph 129, BVergG gerade nicht enthalten sei. Die vorliegende Ausschreibung enthalte keine ausdrückliche Regelung, wonach vorgelegte Muster zu 100 % den ausgeschriebenen Spezifikationen entsprechen müssten und noch viel weniger eine Regelung dahin gehend, wonach dies zwingend zum sofortigen Ausscheiden führen würde.

Hinsichtlich der angeblich mangelnden Spezifikation der Produktangaben sei darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber zusammenfassend geltend mache, dass die im Rahmen der Bemusterung zur Verfügung gestellten Muster von der Leistungsbeschreibung bzw. den im Angebot gemachten Angaben, insbesondere Produktnachweisen, abweichen würden. Wenn in der anerkannten Leistungsbeschreibung bzw. dem Angebot bestimmte Spezifikationen ausdrücklich festgelegt seien, bringe der Bieter mit einem beispielhaft vorgelegten Muster mit Sicherheit nicht klar zum Ausdruck, ein der Ausschreibung oder den ausdrücklichen Angaben widersprechendes Angebot zu legen. Zu bedenken sei in diesem Zusammenhang auch, dass der Auftraggeber zwar für viele, bei weitem aber nicht für alle Produkte ein Muster gefordert habe. Soweit der Auftraggeber moniere, dass bei Abweichungen zwischen Angebot und

Muster nicht klar ersichtlich sei, was angeboten sei, sei ebenfalls darauf hinzuweisen, dass hier insbesondere im Hinblick auf die Zurückstellung oder Vernichtung der Muster kein Kauf nach Probe vorliegen könne, sodass die angebotenen Leistungen allein durch die Leistungsbeschreibung und das dazugelegte Angebot spezifiziert würden.

Der Auftraggeber moniere erstmals mit Bezug auf die Teilnahmebedingungen der ersten Verfahrensstufe, dass laut den mit dem Teilnahmeantrag vorgelegten Daten des Steuerkontos ein allfälliger Steuerrückstand im maßgeblichen Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist vorliege. Die Antragstellerin habe dem Auftraggeber nicht nur das Steuerkonto offengelegt, sondern auch einen Bescheid des Finanzamtes vom 13.03.2015, worin der Antragstellerin hinsichtlich der Abgabenschuldigkeiten Ratenzahlungen bewilligt worden seien. Laut Daten des Steuerkontos betrage der Rückstand zum 11.06.2015 Euro XXXX . Laut Ratenzahlungsbewilligung wäre zu diesem Zeitpunkt sogar ein weitaus höherer Rückstand zulässig gewesen. Die Antragstellerin verfüge daher nicht nur über eine bewilligte Zahlungserleichterung, sondern hätte auch die daraus resultierenden Zahlungspflichten erfüllt. Mit Blick auf diese gewährte und auch erfüllte Zahlungserleichterung könne keine Rede davon sein, dass die Antragstellerin ihrer Verpflichtung zur Zahlung von Steuern nicht erfüllt hätte. Der Ausschlussstatbestand des § 68 Abs. 1 Z 6 BVergG stelle nicht darauf ab, ob Rückstände bestünden, sondern darauf, ob die Verpflichtungen zur Zahlung der Steuern erfüllt würden. Der Auftraggeber moniere erstmals mit Bezug auf die Teilnahmebedingungen der ersten Verfahrensstufe, dass laut den mit dem Teilnahmeantrag vorgelegten Daten des Steuerkontos ein allfälliger Steuerrückstand im maßgeblichen Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist vorliege. Die Antragstellerin habe dem Auftraggeber nicht nur das Steuerkonto offengelegt, sondern auch einen Bescheid des Finanzamtes vom 13.03.2015, worin der Antragstellerin hinsichtlich der Abgabenschuldigkeiten Ratenzahlungen bewilligt worden seien. Laut Daten des Steuerkontos betrage der Rückstand zum 11.06.2015 Euro römisch 40 . Laut Ratenzahlungsbewilligung wäre zu diesem Zeitpunkt sogar ein weitaus höherer Rückstand zulässig gewesen. Die Antragstellerin verfüge daher nicht nur über eine bewilligte Zahlungserleichterung, sondern hätte auch die daraus resultierenden Zahlungspflichten erfüllt. Mit Blick auf diese gewährte und auch erfüllte Zahlungserleichterung könne keine Rede davon sein, dass die Antragstellerin ihrer Verpflichtung zur Zahlung von Steuern nicht erfüllt hätte. Der Ausschlussstatbestand des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG stelle nicht darauf ab, ob Rückstände bestünden, sondern darauf, ob die Verpflichtungen zur Zahlung der Steuern erfüllt würden.

Als weiteren Ausscheidensgrund mache der Auftraggeber geltend, dass die von der Antragstellerin am 26.06.2015 vorgelegte Bankerklärung nach Ablauf der Teilnahmefrist datiert sei. Unabhängig von der Frage, wann im vorliegenden Verfahren die Eignung vorliegen müsse, sei der Standpunkt des Auftraggebers jedenfalls unzutreffend. Der Auftraggeber übersehe nämlich, dass zwischen dem Eignungsnachweis und den Eignungskriterien zur differenzieren sei. Eignungskriterien seien auf das Unternehmen bezogene Mindestanforderung. Nur eine Mindestanforderung, nicht hingegen deren Nachweis, müsse zum gesetzlich vorgesehenen Zeitpunkt erfüllt sein. Die Mindestanforderung bestehe im vorliegenden Fall natürlich nicht darin, ein Schreiben eines Kreditinstitutes in Händen zu halten, sondern darin, dass der Bewerber kreditwürdig, nicht überschuldet und nicht insolvenzgefährdet sei. Die Erklärung des Kreditinstitutes sei nur der Nachweis. Entgegen den Behauptungen des Auftraggebers könne keineswegs aus dem nur vier Tage nach Ende der Teilnahmefrist gesetzten Datierung des Nachweises abgeleitet werden, dass diese Mindestanforderungen zum Ende der Teilnahmefrist nicht erfüllt wären. Wenn es tatsächlich auf die Datierung der Bankerklärung ankäme, müsste jedes Angebot ausgeschieden werden. Wenn nämlich die Bankerklärung nicht exakt mit Ende der Teilnahmefrist, sondern bereits davor datiert sei, könnte auch daraus nicht mit absoluter Sicherheit abgeleitet werden, dass das in der Erklärung bestätigte Eignungskriterium auch noch zum Ende der Teilnahmefrist erfüllt sein würde. Bei genauer Betrachtung hätte die Antragstellerin tatsächlich bereits mit dem Teilnahmeantrag die geforderte Erklärung eines Kreditinstitutes abgegeben. Dem Teilnahmeantrag sei auch eine Auskunft der Creditreform vom 16.06.2016 beigelegt gewesen. Die Creditreform sei nicht nur eine unabhängige Wirtschaftsauskunftei, sondern im Sinne der gesetzlichen Definition auch ein Kreditinstitut.

Der Auftraggeber sei ein in den Vollziehungsbereich des Bundes fallender öffentlicher Auftraggeber. Der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden. Angefochten werde die gesondert anfechtbare rechtswidrige Ausscheidensentscheidung. Der Antrag sei rechtzeitig, weil der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung am 03.11.2015 mitgeteilt worden sei. Die Pauschalgebühren seien in korrekter Höhe entrichtet worden. Geschäftsgegenstand des Unternehmens der Antragstellerin sei die Herstellung und Lieferung von Büromöbeln. Rechtskonform müsste der Auftraggeber zugunsten der Antragstellerin den Zuschlag erteilen. Auf Grund der rechtswidrigen Vorgehensweise des Auftraggebers drohe der

Antragstellerin insbesondere ein Schaden aus entgangenem Gewinn sowie aus Verlust eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige Vergabeverfahren. Die Antragstellerin werde durch die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers in ihren Rechten auf Berücksichtigung des Angebotes, nicht Ausscheiden des Angebotes, Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, Widerruf der Ausschreibung, Gleichbehandlung und auf Teilnahme an einem Vergabeverfahren, das den vergaberechtlichen Vorschriften und Grundsätzen entspricht, verletzt.

Am 17.11.2015 erteilte der Auftraggeber, vertreten durch die vergebende Stelle Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und führte im Wesentlichen aus, dass der Auftraggeber bereits in mehreren Nachprüfungsverfahren umfangreich vorgebracht habe, dass der Auftraggeber kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des BVergG sei. Auf Grund der vorliegenden Entscheidungen des BVA/BVwG beachte der Auftraggeber aber selbstverständlich sämtliche Vorgaben des BVergG uneingeschränkt. Dieses Vorgehen sei jedoch unpräjudiziell für den weiterhin aufrecht erhaltenen Rechtsstandpunkt, wonach der Auftraggeber kein öffentlicher Auftraggeber sei. Das Vorbringen der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag vom 13.11.2015 sei im Übrigen unrichtig.

In einer weiteren Stellungnahme vom 23.11.2015 führte der Auftraggeber im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin bei Nichtvorliegen der bekanntgegebenen Ausscheidensgründe im gegenständlichen Vergabeverfahren auf den vierten Platz gereiht sei. Auch ohne Ausscheiden ihres Angebotes käme daher eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin nicht in Betracht. Es sei daher nicht ersichtlich, inwiefern die Antragstellerin ein rechtliches Interesse an der Nichtigerklärung der bekämpften Entscheidung haben solle. Die Antragstellerin verkenne, dass die konkrete Ausscheidensentscheidung angesichts der Angebotsmängel der Antragstellerin zwingend geboten gewesen wäre. 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 Bieter Musterprodukte, die nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprechen würden, im Rahmen der Bemusterung zur Verfügung stellen, so seien diese überdies mit den von den anderen Bietern vorgelegten ausschreibungs- bzw. leistungsverzeichniskonformen Musterprodukte 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 dem für die Bemusterung zur Verfügung gestellten Produkt 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 angebotene Produkt klar im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen und das 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 warum nicht das geforderte und im Produktnachweis dargestellte Produkt zur Bemusterung zur Verfügung gestellt werde.
- -Strichaufzählung
Zudem verstoße der Bieter in beiden Fällen gegen die Verpflichtung gemäß Punkt 4.1.2.b Besondere Angebotsbestimmungen 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 worden sei, nicht nachgewiesen, dass der Bieter das im Leistungsverzeichnis spezifizierte Produkt überhaupt gemäß den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses anbieten/herstellen/liefern könne. Wenn dies der Fall wäre, hätte er das Produkt ja auch als Musterprodukt für die Bemusterung zur Verfügung stellen können bzw. müssen. 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. richtig stellen könnte.

Auf Grund der widersprüchlichen Angaben (Abweichung angebotenes bzw. spezifiziertes Produkt und bemustertes Produkt) sei der Angebotsinhalt folglich auch unbestimmt bzw. uneindeutig und das Angebot insofern wiederum nicht vergleichbar. Für den Auftraggeber habe daher kein Ermessensspielraum bestanden. Das betreffende Angebot sei zwingend auszuscheiden. Zudem erfolge die bekämpfte Ausscheidensentscheidung insbesondere gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG, was in der Ausscheidensentscheidung auch klar bekannt gegeben worden sei. Bei den Ausscheidensgründen des § 129 Abs. 1 BVergG handle es sich aber um zwingende Ausscheidenstatbestände. Das Vorliegen auch nur eines dieser Tatbestände verpflichte den Auftraggeber zum Ausscheiden. Punkt 4.1 der Besonderen Angebotsbestimmungen regle konkret, was im gegenständlichen Verfahren die zwingenden Angebotsbestandteile seien. Demnach bestehe das Angebot aus dem Preisangebot (Angebotsbestandteil Teil B) und dem qualitativen Angebotsteil (Musterprodukte). Damit sei die ausschreibungskonforme Bemusterung jedenfalls als zwingender Angebotsbestandteil festgelegt. Die Formulierung "sind zur Verfügung zu stellen" sei unzweifelhaft als Verpflichtung zu verstehen. Eine Abweichung davon verstoße daher jedenfalls gegen die Ausschreibungsbestimmungen. Da die Antragstellerin ohnedies nicht bestreite, im Rahmen der Bemusterung von den Angebotsbestimmungen abgewichen zu sein, sei evident, dass deren Angebot im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG den Angebotsbestimmungen widerspreche. Der Auftraggeber sei daher verpflichtet, eine Ausscheidensentscheidung hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin zu treffen. Für den gegenständlichen Nachprüfungsantrag sei das weitere Vorgehen des Auftraggebers jedenfalls unerheblich, da im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren lediglich die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung zu prüfen sei. Die Frage einer allfälligen Parteistellung der Antragstellerin hinsichtlich der Bekämpfung einer späteren Widerrufs- oder Zuschlagsentscheidung sei dagegen nicht Prüfungsgegenstand des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens. In der Ausscheidensentscheidung vom 03.11.2015 werde detailliert dargelegt, dass die seitens der Antragstellerin bereitgestellten Produkte in zahlreichen Punkten nicht den bestandfesten, zwingenden Festlegungen der Angebotsbestimmungen entsprechen würden, die die Bieter insbesondere dazu verpflichten würden, die angeforderten Produkte für die Bemusterung bereitzuhalten. Diese Tatsache werde auch von der Antragstellerin nicht bestritten. Stattdessen berufe sich die Antragstellerin darauf, die Bedingungen der Ausschreibung durch Bietererklärung anerkannt zu haben. Wie dies jedoch die tatsächlichen Abweichungen bei den bereitgestellten Musterprodukten zu rechtfertigen vermöge, sei nicht ersichtlich. Ebenso ändere dies nichts daran, dass eine vollständige Qualitätsbewertung nicht möglich gewesen sei. Die Argumentation der Antragstellerin sei wohl so zu verstehen, dass die zur Bemusterung bereitgestellten Produkte zwar nicht ausschreibungskonform wären, im Auftragsfall aber entsprechend der abgegebenen Erklärung die verlangten Produkte geliefert worden wären. Auf Grund der widersprüchlichen Angaben (Abweichung angebotenes bzw. spezifiziertes Produkt und bemustertes Produkt) sei der Angebotsinhalt folglich auch unbestimmt bzw. uneindeutig und das Angebot insofern wiederum nicht vergleichbar. Für den Auftraggeber habe daher kein Ermessensspielraum bestanden. Das betreffende Angebot sei zwingend auszuscheiden. Zudem erfolge die bekämpfte Ausscheidensentscheidung insbesondere gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG, was in der Ausscheidensentscheidung auch klar bekannt gegeben worden sei. Bei den Ausscheidensgründen des Paragraph 129, Absatz eins, BVergG handle es sich aber um zwingende Ausscheidenstatbestände. Das Vorliegen auch nur eines dieser Tatbestände verpflichte den Auftraggeber zum Ausscheiden. Punkt 4.1 der Besonderen Angebotsbestimmungen regle konkret, was im gegenständlichen Verfahren die zwingenden Angebotsbestandteile seien. Demnach bestehe das Angebot aus dem Preisangebot (Angebotsbestandteil Teil B) und dem qualitativen Angebotsteil (Musterprodukte). Damit sei die ausschreibungskonforme Bemusterung jedenfalls als zwingender Angebotsbestandteil festgelegt. Die Formulierung "sind zur Verfügung zu stellen" sei unzweifelhaft als Verpflichtung zu verstehen. Eine Abweichung davon verstoße daher jedenfalls gegen die Ausschreibungsbestimmungen. Da die Antragstellerin ohnedies nicht bestreite, im Rahmen der Bemusterung von den Angebotsbestimmungen abgewichen zu sein, sei evident, dass deren Angebot im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG den Angebotsbestimmungen widerspreche. Der Auftraggeber sei daher verpflichtet, eine Ausscheidensentscheidung hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin zu treffen. Für

den gegenständlichen Nachprüfungsantrag sei das weitere Vorgehen des Auftraggebers jedenfalls unerheblich, da im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren lediglich die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung zu prüfen sei. Die Frage einer allfälligen Parteistellung der Antragstellerin hinsichtlich der Bekämpfung einer späteren Widerrufs- oder Zuschlagsentscheidung sei dagegen nicht Prüfungsgegenstand des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens. In der Ausscheidensentscheidung vom 03.11.2015 werde detailliert dargelegt, dass die seitens der Antragstellerin bereitgestellten Produkte in zahlreichen Punkten nicht den bestandfesten, zwingenden Festlegungen der Angebotsbestimmungen entsprechen würden, die die Bieter insbesondere dazu verpflichten würden, die angeforderten Produkte für die Bemusterung bereitzuhalten. Diese Tatsache werde auch von der Antragstellerin nicht bestritten. Stattdessen berufe sich die Antragstellerin darauf, die Bedingungen der Ausschreibung durch Bietererklärung anerkannt zu haben. Wie dies jedoch die tatsächlichen Abweichungen bei den bereitgestellten Musterprodukten zu rechtfertigen vermöge, sei nicht ersichtlich. Ebenso ändere dies nichts daran, dass eine vollständige Qualitätsbewertung nicht möglich gewesen sei. Die Argumentation der Antragstellerin sei wohl so zu verstehen, dass die zur Bemusterung bereitgestellten Produkte zwar nicht ausschreibungskonform wären, im Auftragsfall aber entsprechend der abgegebenen Erklärung die verlangten Produkte geliefert worden wären.

Die Bemusterung hätte aber mit ausschreibungskonformen Produkten zu erfolgen gehabt, da diese einen zwingenden Angebotsbestandteil bilden würden und darüber hinaus als Mindestqualitätsstandard für die liefernden Produkte festgelegt sei. Wenn die Antragstellerin ausführe, dass ihr Angebot den Ausschreibungsbestimmungen nicht klar genug widerspreche, um ausgeschieden zu werden, übersehe sie, dass jede Abweichung von den zwingenden Mindestvorgaben der Ausschreibung, insbesondere der besonderen Angebotsbestimmungen, zum Ausscheiden des Angebots führen müsste. Dies folge schon aus § 129 Abs. 1 Z 7 BVerG und sei im gegenständlichen Fall zusätzlich in den besonderen Angebotsbestimmungen festgeschrieben. Die Bemusterung hätte aber mit ausschreibungskonformen Produkten zu erfolgen gehabt, da diese einen zwingenden Angebotsbestandteil bilden würden und darüber hinaus als Mindestqualitätsstandard für die liefernden Produkte festgelegt sei. Wenn die Antragstellerin ausführe, dass ihr Angebot den Ausschreibungsbestimmungen nicht klar genug widerspreche, um ausgeschieden zu werden, übersehe sie, dass jede Abweichung von den zwingenden Mindestvorgaben der Ausschreibung, insbesondere der besonderen Angebotsbestimmungen, zum Ausscheiden des Angebots führen müsste. Dies folge schon aus Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVerG und sei im gegenständlichen Fall zusätzlich in den besonderen Angebotsbestimmungen festgeschrieben.

Die Antragstellerin erkenne zudem die Bedeutung der Bemusterung als Angebotsbestandteil und nicht bloßer Bewertungsvoraussetzung. Dass die Bemusterung Angebotsgrundlage sei, gehe schon aus Punkt 4.1 der Besonderen Angebotsbestimmungen hervor. Zudem sei aber auch nochmals in Punkt 2.1 des Rahmenvertrages (Teil A2) der eine der Angebotsgrundlagen darstelle, ausdrücklich festgelegt, dass die im Rahmen der Bemusterung geprüfte Qualität der Musterprodukte den Qualitätsstandard der zu liefernden Produkte festlege. Auf Grund der Bemusterung ausschreibungswidriger Produkte würden ausscheidenswidrige Produkte dann auch zum Mindestqualitätsstandard für die Vertragserfüllung. Einen ausschreibungswidrigen Mindestqualitätsstandard könne der Auftraggeber aber keinesfalls akzeptieren. Eine ausschreibungswidrige Bemusterung müsse daher zwangsläufig auch zum Ausscheiden des betreffenden Angebots führen. Auch zur mangelnden Spezifikation der Produktangaben bestreite die Antragstellerin die inhaltlichen Abweichungen im Wesentlichen nicht, sondern verweise wiederum darauf, dass sie entgegen dieser Abweichung ohnedies in Erklärungen die Ausschreibungsbedingungen insgesamt akzeptiert habe. Festzuhalten sei jedenfalls, dass die Spezifikation der Produkte gegenständlich zur Festlegung des Angebotsinhaltes diene. Dies ergebe sich bereits aus der Bezeichnung des maßgeblichen Formblattes B4 das als Produktnachweis betitelt sei. Durch die mangelhafte bzw. mangelnde Produktspezifikation sei daher eine Prüfung der Ausschreibungskonformität der tatsächlich gelieferten Produkte in weiterer Folge verunmöglicht. Dies insbesondere deshalb, da es sich bei den gegenständlich zu liefernden Produkten zu einem großen Teil nicht um Standardprodukte, sondern um speziell für die Bedürfnisse des Auftraggebers herzustellende Produkte handle, bei welchen ohne präzise Produktnachweise die genauen Eigenschaften der Produkte nicht nachprüfbar seien. Der Produktnachweis bilde daher das Datenblatt für die später zu liefernden Produkte.

Damit würden unzureichende Produktspezifikationen durch einen Bieter zu einer Verbesserung von dessen Wettbewerbsstellung führen, weil er es nach Ende der Angebotsfrist noch in der Hand hätte, zu entscheiden, in welcher Form er die Produkte endgültig liefere, was auch der Konkretisierungspflicht im Rahmen der Angebotslegung

widersprüche. Keinesfalls könne es sich demnach dabei um einen behebbaren Mangel handeln, da jede Verbesserung der Produktspezifikationen zu einer nachträglichen Verbesserung der Wettbewerbsstellung führen würde. Daher stelle eine mangelnde Spezifikation der Produktangaben jedenfalls eine Abweichung von den Ausschreibungsbestimmungen dar und damit einen zwingenden Ausscheidensgrund. Im Übrigen würden unzureichende Produktspezifikationen durch einen Bieter aber auch zu unbestimmten Angebotsinhalten führen. Unbestimmte, unklare Angebote seien aber ebenso zwingend auszuschneiden.

In keiner Weise nachvollziehbar sei die Argumentation der Antragstellerin, wonach die Tatsache, dass die gelieferten Muster nach der Bemusterung zurückgestellt würden, implizieren solle, dass diese nicht der Ausschreibung entsprechen müssten. Tatsache sei aber, dass die Bemusterung als Angebotsbestandteil eine Grundlage der Angebotsbewertung bilde und eine nichtausschreibungskonforme Bemusterung zwingend ein Ausscheiden des jeweiligen Angebots bedinge. Zudem werde durch die Bemusterung die Mindestqualität für die zu liefernden Produkte festgelegt, womit eine ausschreibungswidrige Bemusterung auch zu einem Ausscheiden des abweichenden Angebotes führen müsse.

Zunächst führe die Antragstellerin aus, ein Mangel der beruflichen Zuverlässigkeit hätte dem Auftraggeber bereits in der ersten Verfahrensstufe auffallen müssen und schon zu diesem Zeitpunkt aufgegriffen werden müssen. Dazu ist darauf zu verweisen, dass ein zwingender Ausscheidensgrund zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens aufzugreifen sei. Grundsätzlich sei richtig, dass nicht jeder Steuerrückstand eine Verletzung der Verpflichtung zur Zahlung der Steuern darstelle. So wäre etwa ein noch nicht fälliger Rückstand grundsätzlich unschädlich. Ähnlich wäre ein nur geringfügiger Rückstand zu werten. Im gegenständlichen Fall weise der Steuerkontoauszug vom 11.06.2015 den die Antragstellerin mit ihrem Teilnahmeantrag vorgelegt habe, aber nicht nur einen Rückstand in Höhe von Euro 383.180,75 aus, der Rückstand sei auch als fällig ausgewiesen. Da der Auszug aus dem Steuerkonto zeitlich nach dem vorgelegten Bescheid des Finanzamtes über die Bewilligung von Zahlungserleichterungen datiere, sei daher zum maßgeblichen Zeitpunkt von einer fälligen Steuerschuld in nicht geringfügiger Höhe auszugehen. Damit liege ein Fall des § 68 Abs. 1 Z 6 BVergG vor. Die berufliche Zuverlässigkeit sei daher zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht gegeben und das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Zunächst führe die Antragstellerin aus, ein Mangel der beruflichen Zuverlässigkeit hätte dem Auftraggeber bereits in der ersten Verfahrensstufe auffallen müssen und schon zu diesem Zeitpunkt aufgegriffen werden müssen. Dazu ist darauf zu verweisen, dass ein zwingender Ausscheidensgrund zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens aufzugreifen sei. Grundsätzlich sei richtig, dass nicht jeder Steuerrückstand eine Verletzung der Verpflichtung zur Zahlung der Steuern darstelle. So wäre etwa ein noch nicht fälliger Rückstand grundsätzlich unschädlich. Ähnlich wäre ein nur geringfügiger Rückstand zu werten. Im gegenständlichen Fall weise der Steuerkontoauszug vom 11.06.2015 den die Antragstellerin mit ihrem Teilnahmeantrag vorgelegt habe, aber nicht nur einen Rückstand in Höhe von Euro 383.180,75 aus, der Rückstand sei auch als fällig ausgewiesen. Da der Auszug aus dem Steuerkonto zeitlich nach dem vorgelegten Bescheid des Finanzamtes über die Bewilligung von Zahlungserleichterungen datiere, sei daher zum maßgeblichen Zeitpunkt von einer fälligen Steuerschuld in nicht geringfügiger Höhe auszugehen. Damit liege ein Fall des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG vor. Die berufliche Zuverlässigkeit sei daher zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht gegeben und das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden.

Hinsichtlich der verspäteten Bankerklärung führe die Antragstellerin wiederum aus, dass der Mangel dem Auftraggeber bereits in der ersten Verfahrensstufe auffallen hätte müssen und schon zu diesem Zeitpunkt aufgegriffen werden hätte müssen. Ein zwingender Ausscheidensgrund sei aber zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens aufzugreifen. Inhaltlich führe die Antragstellerin aus, dass nur die Mindestanforderungen, nicht hingegen die dazugehörigen Nachweise zum maßgeblichen Zeitpunkt vorliegen müssten. Wesentlich sei im konkreten Fall daher, ob die Antragstellerin zum Ende Teilnahmefrist kreditwürdig wäre, nicht überschuldet und nicht insolvenzgefährdet gewesen sei, und nicht, ob zu diesem Zeitpunkt auch schon eine entsprechende Bankerklärung vorgelegen sei. Im gegenständlichen Fall werde durch die vorgelegte Bankerklärung keine Aussage darüber getroffen, ob die Antragstellerin zum Ende der Teilnahmefrist kreditwürdig, nicht überschuldet und nicht insolvenzgefährdet gewesen sei, sondern lediglich darüber, dass dies am 26.06.2015 der Fall gewesen sei. Die Antragstellerin möge zwar am 26.06.2015 kreditwürdig, nicht überschuldet und nicht insolvenzgefährdet gewesen sein. Es könne auf Grund der vorgelegten Nachweise aber nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin zum maßgeblichen Zeitpunkt des Endes der Teilnahmefrist kreditunwürdig, überschuldet und insolvenzgefährdet gewesen sei. In diesem

Zusammenhang werde darauf verwiesen, dass gemäß Punkt 4.1 der bestandfesten Besonderen Teilnahmebestimmungen ausdrücklich festgelegt sei, dass die vorzulegenden Nachweise zum Ende der Angebotsfrist bis zu sechs Monate alt sein dürften. Jedenfalls nicht als geeigneter Nachweis im Sinne des Punktes

4.2.3.1 der Besonderen Teilnahmebestimmungen sei die von der Antragstellerin nunmehr plötzlich ins Treffen geführte Wirtschaftsauskunft der Creditreform anzusehen. Punkt 4.2.3.1 der Besonderen Teilnahmebestimmungen verlange vielmehr eine Bankerklärung (Bonitätsauskunft) eines Kreditinstitutes mit Sitz in Österreich oder einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens, mit welcher bestätigt werde, dass der Bewerber kreditwürdig, nicht überschuldet und nicht insolvenzgefährdet sei. Die vorgelegte Wirtschaftsauskunft gebe dagegen bloß allgemeine Kennzahlen des betreffenden Unternehmens wieder und könne sich daher anders als eine Bank nur auf allgemein verfügbare Informationen beziehen. Durch die verspätete Bankerklärung sei daher die Eignung zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht nachgewiesen, weshalb das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sei.

In einer weiteren Stellungnahme vom 08.12.2015 führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass der Auftraggeber das rechtliche Interesse der Antragstellerin mit dem Hinweis auf die Reihung des Angebotes an vierter Stelle bestreite. Diese Darlegung zeige zunächst, dass der Auftraggeber selbst keineswegs vom Vorliegen von Ausscheidensgründen ausgehe. Wenn nämlich das Angebot der Antragstellerin tatsächlich an vierter Stelle zu reihen wäre, könne es nicht gleichzeitig ausgeschieden werden. Ein auszuschneidendes Angebot könne schlicht nicht gereiht werden. Dazu komme, dass die Antragstellerin nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung das preislich weitaus günstigste Angebot abgegeben habe. Da es dem Auftraggeber zunächst nicht gelungen sei, entgegen diesem eindeutigen Ergebnis eine rechtswidrige Zuschlagserteilung zu Gunsten der XXXX durchzusetzen, versuche er dies nun über dem Umweg einer Ausscheidensentscheidung. Es sei darauf hinzuweisen, dass die behauptete Reihung keinen Einfluss auf die Antragslegitimation habe und es keineswegs Aufgabe des Gerichts sei, die angebliche Reihung quasi als Vorfrage zu beurteilen. Soweit der Auftraggeber moniere, dass die Musterprodukte nicht den bestandfesten zwingenden Festlegungen der Angebotsbestimmungen entsprechen würden, werde darauf verwiesen, dass die Antragstellerin mit dem Angebot mehrfach ausdrücklich und vorbehaltlos sämtliche Spezifikationen der Ausschreibung anerkannt haben. In einer weiteren Stellungnahme vom 08.12.2015 führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass der Auftraggeber das rechtliche Interesse der Antragstellerin mit dem Hinweis auf die Reihung des Angebotes an vierter Stelle bestreite. Diese Darlegung zeige zunächst, dass der Auftraggeber selbst keineswegs vom Vorliegen von Ausscheidensgründen ausgehe. Wenn nämlich das Angebot der Antragstellerin tatsächlich an vierter Stelle zu reihen wäre, könne es nicht gleichzeitig ausgeschieden werden. Ein auszuschneidendes Angebot könne schlicht nicht gereiht werden. Dazu komme, dass die Antragstellerin nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung das preislich weitaus günstigste Angebot abgegeben habe. Da es dem Auftraggeber zunächst nicht gelungen sei, entgegen diesem eindeutigen Ergebnis eine rechtswidrige Zuschlagserteilung zu Gunsten der römisch 40 durchzusetzen, versuche er dies nun über dem Umweg einer Ausscheidensentscheidung. Es sei darauf hinzuweisen, dass die behauptete Reihung keinen Einfluss auf die Antragslegitimation habe und es keineswegs Aufgabe des Gerichts sei, die angebliche Reihung quasi als Vorfrage zu beurteilen. Soweit der Auftraggeber moniere, dass die Musterprodukte nicht den bestandfesten zwingenden Festlegungen der Angebotsbestimmungen entsprechen würden, werde darauf verwiesen, dass die Antragstellerin mit dem Angebot mehrfach ausdrücklich und vorbehaltlos sämtliche Spezifikationen der Ausschreibung anerkannt habe

- -Strichaufzählung
jedenfalls kein klar zum Ausdruck gebrachter Ausschreibungswiderspruch vorliege, welcher nach der Rechtsprechung des VwGH und des BVwG für ein Ausscheiden vorausgesetzt werde und
- -Strichaufzählung
kein gesetzlicher Ausscheidensgrund für den Ausschreibungsspezifikationen nicht zu 100% entsprechende Muster existiere.

Der Auftraggeber lege nun außerdem dar, dass die "geprüfte Qualität" der Musterprodukte den Mindestqualitätsstandard der zu liefernden Produkte festlegen würde, und dann aufgrund der Bemusterung Produkte auch zum Mindestqualitätsstandard für die Vertragserfüllung würden. Diesbezüglich sei darauf hinzuweisen, dass die Ausschreibung eben nicht vorsehe, dass die zu liefernden Produkte nach zuvor erstellten Mustern spezifiziert würden. Vielmehr würden die Eigenschaften der zu liefernden Produkte im Leistungsverzeichnis festgelegt.

Aus einem jüngst ergangenen Erkenntnis des BVwG ergebe sich, dass nicht jede scheinbar den Ausschreibungsvorgaben widersprechende Abbildungen eines Produktes das sofortige Ausscheiden eines Angebotes rechtfertigen würden. Vielmehr müssten die sich daraus allenfalls ergebenden Zweifel an der Ausschreibungskonformität des angebotenen Produktes zum Anlass für eine Aufklärung genommen werden.

Hinsichtlich der angeblich mangelnden Spezifikation der Produktangaben werde ausgeführt, dass der Auftraggeber in seiner Stellungnahme selbst bemerke, dass es sich bei den zu liefernden Produkten zu einem großen Teil nicht um Standardprodukte, sondern speziell für die Bedürfnisse des Auftraggebers hergestellte Produkte handle. Wenn der Auftraggeber selbst erkenne, dass es sich bei den Produkten um solche handle, die zu einem großen Teil noch gar nicht existieren würden, sondern im Auftragsfall erst herzustellen seien, könne er nicht gleichzeitig erwarten, dass für solche, noch gar nicht existierende Produkte zum Zeitpunkt der Angebotslegung bereits präzise Produktnachweise, Fotos oder exakt übereinstimmende Musterprodukte existieren würden.

Wie bereits im Nachprüfungsantrag ausgeführt, sei der nun erstmals in der zweiten Verfahrensstufe aufgegriffene Vorwurf einer angeblich mangelnden beruflichen Zuverlässigkeit schon alleine deshalb zurückzuweisen, weil dies dem Auftraggeber bereits in der ersten Verfahrensstufe auffallen hätte müssen und bereits damals aufgegriffen werden hätte müssen. Tatsächlich könne von einer beruflichen Unzuverlässigkeit keine Rede sein. Die Antragstellerin habe schon im Nachprüfungsantrag auf die mit Bescheid des Finanzamtes vom 13.03.2015 bewilligte Ratenzahlung hingewiesen. Bereits aus dem von der Antragstellerin ebenfalls vorgelegten Kontoauszug ergebe sich, dass die Antragstellerin die bewilligten Raten pünktlich bezahlt habe. Da der Auftraggeber dies anscheinend im Hinblick auf die EDV-technisch bedingte Wortwahl im Kontoauszug weiterhin nicht akzeptieren wolle, werde zusätzlich eine Bestätigung des Finanzamtes vorgelegt, wonach die bewilligte Ratenzahlung fristgerecht und ordnungsgemäß eingehalten worden sei.

In einer weiteren Stellungnahme vom 11.12.2015 führte der Auftraggeber im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin einräume, dass die ihrerseits bereitgestellten Musterprodukte nicht zu 100% den Vorgaben der Ausschreibung entsprechen würden. Aus Sicht der Antragstellerin würde ein Abweichen der Musterprodukte von dem Leistungsverzeichnis aber keinen Ausscheidensgrund darstellen. Diese Rechtsansicht sei verfehlt.

Punkt 1.1 des Leistungsverzeichnisses lege ausdrücklich fest, dass sämtliche Forderungen in der Leistungsbeschreibung als Mindestanforderung zu verstehen seien und erfüllt werden müssten. Diese Festlegung werde im Leistungsverzeichnis sodann nochmals für jede einzelne Produktgruppe gesondert wiederholt. So würde es zB zur Standardarbeitsplatzmöblierung heißen, dass die nachfolgend angeführten Daten eine Mindestanforderung an den ausgeschriebenen Arbeitsplatz darstellen würden.

Punkt 4.1.2 der besonderen Angebotsbestimmungen regle ergänzend dazu, dass Bemusterungen entsprechend dem Leistungsverzeichnis vorzunehmen seien.

Punkt 1.1 des Leistungsverzeichnisses liste wiederum sämtliche Musterprodukte auf.

Somit sei in den Ausschreibungsunterlagen vollkommen unzweifelhaft festgelegt, dass sämtliche Musterprodukte zwingend dem Leistungsverzeichnis entsprechen müssten. Angebote mit leistungsverzeichniswidriger Bemusterung seien demnach ausschreibungswidrige Angebote. Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG seien ausschreibungswidrige Angebote auszuschneiden. Der Auftraggeber habe in Punkt 13.3.1 des Rahmenvertrages festgelegt, dass die Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses als zugesicherte Eigenschaften gelten würden. Da das Leistungsverzeichnis durch Bemusterung und Produktnachweise weiter zu spezifizieren gewesen sei, sei im Rahmenvertrag weiters geregelt, dass der Auftragnehmer die Produktangaben im Formblatt B4 -Produktnachweis sowie die im Rahmen der Bemusterung geprüfte Qualität der Musterprodukte als Mindestqualitätsstandard der zu liefernden Produkte gewährleisten müsste. Somit sei in den Ausschreibungsunterlagen vollkommen unzweifelhaft festgelegt, dass sämtliche Musterprodukte zwingend dem Leistungsverzeichnis entsprechen müssten. Angebote mit leistungsverzeichniswidriger Bemusterung seien demnach ausschreibungswidrige Angebote. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG seien ausschreibungswidrige Angebote auszuschneiden. Der Auftraggeber habe in Punkt 13.3.1 des Rahmenvertrages festgelegt, dass die Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses als zugesicherte Eigenschaften gelten würden. Da das Leistungsverzeichnis durch Bemusterung und Produktnachweise weiter zu spezifizieren gewesen sei, sei im

Rahmenvertrag weiters geregelt, dass der Auftragnehmer die Produktangaben im Formblatt B4 -Produktnachweis sowie die im Rahmen der Bemusterung geprüfte Qualität der Musterprodukte als Mindestqualitätsstandard der zu liefernden Produkte gewährleisten müsste.

Das von der Antragstellerin angeführte Erkenntnis des BVwG (BVwG 03.12.2015, W114 2116410) sei für den gegenständlichen Fall nicht maßgeblich, da sich der dort behandelte Sachverhalt vom gegenständlichen Ausgangssachverhalt erheblich unterscheide. Dies insbesondere deshalb, da in der zitierten Entscheidung eine Ablichtung thematisiert worden sei, die einem nicht beurteilungsrelevanten Erstangebot im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens beigelegt gewesen sei. Dem gegenüber sei die Bemusterung im gegenständlichen Fall jedoch Teil eines verbindlichen Angebotes und Grundlage für dessen Qualitätsbewertung. Zudem sei im gegenständlichen Fall auch nicht zweifelhaft, ob die Bemusterung der Antragstellerin den Ausschreibungsunterlagen widersprochen habe, sondern sei die Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen durch die technische Angebotsprüfung evident und werde von der Antragstellerin im Wesentlichen auch nicht bestritten.

Eine Aufklärung sei gegenständlich jedenfalls nicht erforderlich gewesen, da hinsichtlich der festgestellten Abweichungen keine Unklarheiten und damit auch kein Aufklärungsbedarf bestanden habe. Hinsichtlich der mangelnden Spezifikation der Produktangaben im Produktnachweis werde ausgeführt, dass der Standpunkt der Antragstellerin sich offenbar auf der falschen Annahme gründe, dass Produkte, die speziell für die Bedürfnisse des Auftraggebers hergestellt würden, weder bemustert noch beschrieben werden müssten und könnten. Diese Annahme sei in keiner Weise nachvollziehbar. Selbst bei der Ausschreibung wesentlich komplexerer und in der Herstellung wesentlich teurerer Produkte seien Bemusterungen vollkommen üblich. Soweit die Antragstellerin speziell anzufertigende Möbel anbiete, wäre sie jedenfalls dazu verpflichtet gewesen entsprechende Produktangaben zu machen.

Andernfalls hätte sie es in der Hand, im Nachhinein nach Angebotsabgabe Änderungen innerhalb der Bandbreiten des Leistungsverzeichnisses vorzunehmen. Weiters wäre für den Auftraggeber nicht gesichert, welche genauen Maße/Dimensionen die zu liefernden Produkte hätten bzw. müsste das jeweilige Produkt nicht einmal einheitlich sein. Der Antragstellerin sei es darüber hinaus auch gelungen, ein Angebot zu kalkulieren. Dieser Kalkulation müssten jedenfalls Berechnungen über die anzubietenden Produkte zugrunde gelegen sein, da ansonsten von einem spekulativen Angebot auszugehen wäre. Daher müsste die Antragstellerin ohnedies schon für die eigene Kalkulation eine entsprechende Spezifizierung der zu liefernden Produkte vorgenommen haben. Sie wäre daher nicht nur verpflichtet, sondern jedenfalls auch in der Lage gewesen, diese Spezifizierung auch dem Auftraggeber zur Verfügung zu stellen. Die Argumentation der Antragstellerin zu den ausschreibungswidrigen Musterprodukten und der mangelnden Spezifikation der Produktangaben werfe insgesamt die Frage auf, woraus nach Ansicht der Antragstellerin für den Auftraggeber die angebotenen Produkte erkennbar sein sollten. Nach Ansicht der Antragstellerin müssten ja weder die Bemusterung noch die Produktspezifikationen die angebotenen Produkte genau widerspiegeln.

Das Leistungsverzeichnis stecke aber bloß einen Rahmen für die anzubietenden Produkte ab. Nach Ansicht der Antragstellerin sollte es der Auftragnehmer offenbar während der gesamten Vertragslaufzeit in der Hand haben, innerhalb dieses Rahmens zu wählen, welche Produkte er im Einzelfall zu liefern gedenke. Eine solche Sichtweise widerspreche jedoch den Festlegungen der gegenständlichen Ausschreibung.

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

"VR: Wird seitens der AST zugestanden, dass die bereitzuhaltenden Musterprodukte, wie in Punkt 1. Der Ausscheidensentscheidung vom 03.11.2015 ausgeführt, abweichend von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses zu Verfügung gestellt wurden?

ASTv weist darauf hin, dass bei Position 3.2.5 (Hocker) laut Leistungsverzeichnis ein textiles Sitzpolster gefordert war, dieses auch angeliefert wurde, ob es aber aufgelegt wurde kann nicht bestätigt werden.

VR Frage an den AG: Haben Sie Information bezüglich des angeblich angelieferten und nicht aufgelegten Sitzpolsters?

AG: Bei der Bemusterung wurde kein Sitzpolster dargestellt. Es ist der AG nicht bekannt, dass ein Sitzpolster angeliefert worden wäre. Lieferung und Aufbau der Musterprodukte waren in der Verantwortung des AST.

VR: Ist es richtig, dass der Aufbau der Mustermöbel in der Verantwortung der AST lag?

AST: Es ist richtig, dass die Mustermöbel vom AST aufgebaut worden sind, wobei dieser Aufbau vor der eigentlichen

Angebotslegung stattgefunden hat und der AG anlässlich des Aufbaus zugegen war und es anscheinend nicht der Mühe wert gefunden hat, dass nun bemängelte Sitzpolster gegenüber der ASt zu erwähnen.

VR Frage an ASt: Ist es richtig, dass im Produktnachweis ebenso ein Hocker ohne Sitzpolster dargestellt ist?

ASt: Das ist richtig, aber ebenso wurde mit dem Angebot als Teil des angebotenen Konzepts eine Abbildung der Sitzpösterchen vorgelegt.

AG: Von Seiten des AG werde angezweifelt, dass ein Sitzpolster angeliefert worden sei, zumal es sich beim Foto im Produktnachweis um jenen Hocker handelt der zur Bemusterung zur Verfügung gestellt wurde. Auch in der Beschreibung des Hockers im Produktnachweis ist kein Sitzpolster angeführt. Zudem waren die Musterprodukte gemäß Punkt 4.1.2 lit a, Teil A1 besondere Angebotsbestimmungen durch Fotos und Produktangaben im Formblatt B4, das ist der Produktnachweis, zu spezifizieren. Das bedeutet, dass der Produktnachweis für die Angebotslegung entscheidend war in diesem Punkt und nicht das Konzept.

AG: Von Seiten des AG werde angezweifelt, dass ein Sitzpolster angeliefert worden sei, zumal es sich beim Foto im Produktnachweis um jenen Hocker handelt der zur Bemusterung zur Verfügung gestellt wurde. Auch in der Beschreibung des Hockers im Produktnachweis ist kein Sitzpolster angeführt. Zudem waren die Musterprodukte gemäß Punkt 4.1.2 Litera a,, Teil A1 besondere Angebotsbestimmungen durch Fotos und Produktangaben im Formblatt B4, das ist der Produktnachweis, zu spezifizieren. Das bedeutet, dass der Produktnachweis für die Angebotslegung entscheidend war in diesem Punkt und nicht das Konzept.

VR Frage an ASt: Pos 3.2.11 (normal hoher Büro/Besprechungsstuhl) ist es richtig, dass entgegen der Forderung des Leistungsverzeichnisses dieser Stuhl mit anstatt ohne Armlehnen bei der Bemusterung zur Verfügung gestellt wurde?

ASt: Ja, es wurde dies bezüglich ein Stuhl mit Armlehnen zur Verfügung gestellt. Dies ist nach Ansicht des ASt jedoch lediglich ein zusätzliches Produktdetail, welches anlässlich der Bemusterung auch entfernt werden hätte können, nämlich die Armlehne. Diese Armlehnen wurden von der ASt beim Aufbau zur Bemusterung jedoch nicht entfernt.

VR: Ist es richtig, dass beim Produktnachweis der Stuhl mit anstelle ohne Armlehnen abgebildet ist?

ASt: Ja, jedoch ist ausdrücklich vermerkt: "Ausführung ohne Armlehnen."

AG: Es hätte dem Gebot der Gleichbehandlung widersprochen, wenn die AG im Zuge des Aufbaus der Bemusterung der Bieterin geholfen hätte. Zudem waren keine mit der Sache einschlägig befassten Vertreter bei dem Aufbau zur Bemusterung anwesend. Die Verwendung von bloßen Symbolfotos widerspricht Punkt 4.1.1 der besonderen Angebotsbestimmungen, wonach die angebotenen Produkte durch Fotos und erforderliche Produktangaben zu spezifizieren sind, also das angebotene Produkt darzustellen ist. Ein Symbolfoto ist aber keine verbindliche Darstellung eines angebotenen Gegenstands.

ASt: Ich bestreite insbesondere, dass anlässlich des Aufbaues zur Bemusterung keine sachkundigen Vertreter des AG anwesend gewesen wären. Vielmehr hat bereits zum Zeitpunkt des Aufbaus der Mustermöbel eine Kommission des AG die Musterprodukte besichtigt. Es waren mehrere Personen deren Namen der ASt jedoch nicht kennt.

AG: Seitens des AG waren weder Mitglieder der Bewertungskommission noch Mitglieder des Prüfteams beim Aufbau der Bemusterung anwesend. Ob sonstige Mitarbeiter des ORF zugegen waren, kann nicht gesagt werden. Es waren jedenfalls keine fachlich mit der Angelegenheit befassten Entscheidungsträger anwesend.

Z XXXX : Die Räumlichkeiten waren vor und nach dem Aufbau abgeschlossen. Lediglich ein Mitarbeiter des ORF hatte einen Schlüssel. Dieser war mit der gegenständlichen Ausschreibung jedoch nicht betraut.

Z römisch 40 : Die Räumlichkeiten waren vor und nach dem Aufbau abgeschlossen. Lediglich ein Mitarbeiter des ORF hatte einen Schlüssel. Dieser war mit der gegenständlichen Ausschreibung jedoch nicht betraut.

ASt fragt den AG ob er anderen Bietern die Gelegenheit zur Nachbemusterung eingeräumt hat.

AG: Eine Nachbemusterung fand nicht statt.

Z XXXX und XXXX : Von den Z wird bestätigt, dass keinem der weiteren Bieter die Möglichkeit eingeräumt wurde nach dem Aufbau der Mustermöbel diese zu verbessern. Es wurde auch keine angelieferten Mustermöbel auf Aufforderung des AG ausgetauscht.

Z römisch 40 und römisch 40 : Von den Z wird bestätigt, dass keinem der weiteren Bieter die

Möglichkeit eingeräumt wurde nach dem Aufbau der Mustermöbel diese zu verbessern. Es wurde auch keine angelieferten Mustermöbel auf Aufforderung des AG ausgetauscht.

VR Frage an ASt: Ist es richtig, dass in Position 4.1.5 (Laptopbeistelltisch) anstelle des geforderten eckigen ein ovaler Tisch geliefert wurde?

ASt: Es ist richtig, dass der Tisch bei der Bemusterung einen ovalen Grundriss aufgewiesen hat. Laut Ausschreibung war jedoch kein rechteckiger Tisch gefordert sondern ein eckiger Tisch. Der bemusterte Tisch weist im Aufriss sehr wohl auch Ecken auf. Im Leistungsverzeichnis wird an mehreren Stellen zwischen eckig und rechteckig unterschieden. Von Seiten des Bieters war daran gedacht einen eckigen Tisch zu liefern. Im Symbolfoto des Produktnachweises sowie in der Beschreibung an der rechten Seite des Symbolfotos gibt es keinen Hinweis auf Ecken. Im Symbolfoto ist jedoch angeführt, dass die Ausführung laut Leistungsverzeichnis erfolgen wird.

AG: Die bemusterten Produkte sind durch Fotos im Vergabeakt dokumentiert. Daraus kann eindeutig nachvollzogen werden, dass die ASt im Zuge der Bemusterung einen runden bzw. ovalen Tisch zur Verfügung gestellt hat. Ebenso ist der im Produktnachweis abgebildete Tisch oval.

Von Seiten des ASt kann außer Streit gestellt werden, dass die auf Seite 13 bis inkl. 21 der Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter XXXX vom 29.10.2015 vermerkten Abweichungen richtig sind. Von Seiten des ASt kann außer Streit gestellt werden, dass die auf Seite 13 bis inkl. 21 der Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter römisch 40 vom 29.10.2015 vermerkten Abweichungen richtig sind.

AG: Auch die erforderlichen Produktangaben im Produktnachweis haben gefehlt. Beispielsweise fehlen im Produktnachweis zu Position 4.1.5 jegliche Angaben zur Dimension (Höhe, Breite, Länge) des angebotenen Produkts.

VR Frage an den ASt: Wie wurde von Seiten des ASt in der vorgenannten Position konkret definiert welche Ausprägung dieser Laptopbeistelltisch bei der Lieferung haben wird:

ASt: Bei diesem Beistelltisch ist die Produktlinie im Produktnachweis angeführt, genaue Größenangaben finden sich nicht, der AG würde jedoch entsprechen seinen Vorgaben im Leistungsverzeichnis jenes Produkt geliefert bekommen, welches er im Rahmen der Bandbreiten wünscht.

Von Seiten des ASt wird vorgebracht, dass sich aus der Seite der Konzeptmöblierung Königberg - Bedarfsermittlung seines Teilnahmeantrages ersichtlich wäre, dass der AG die genauen Spezifikationen im Rahmen der Vertragsabwicklung festlegen kann und dann von Seiten der ASt die geforderten Größen geliefert werden.

AG: Die von der ASt zitierte Unterlage war nicht Teil des Angebots und widerspricht den Ausschreibungsunterlagen, wonach durch Musterprodukte und entsprechende Konkretisierungen im Produktnachweis der Leistungsgegenstand zu spezifizieren war.

VR Fragen an ASt: Warum wurden die bemängelten Musterprodukte nicht entsprechend dem Leistungsverzeichnis zur Verfügung gestellt?

ASt: Weil in der Ausschreibung nicht festgelegt war, dass Muster bei sonstigen Ausscheiden exakt den Forderungen des Leistungsverzeichnisses entsprechen hätten müssen.

AG: Die Verbindlichkeit der Musterprodukte ergibt sich aus mehreren Stellen der Ausschreibung insbesondere Punkt 4.1 und Punkt 4.1.2 lit a und lit b der besonderen Angebotsbestimmungen, wo unter anderem von "angebotenen Musterprodukten" die Rede ist. Zudem ist in Punkt B1 des Leistungsverzeichnisses auch darauf verwiesen, dass die Bemusterung der Feststellung der Erfüllung gültiger Normen sowie geforderter Qualitäten und Anforderungen dient. AG: Die Verbindlichkeit der Musterprodukte ergibt sich aus mehreren Stellen der Ausschreibung insbesondere Punkt 4.1 und Punkt 4.1.2 Litera a und Litera b, der besonderen Angebotsbestimmungen, wo unter anderem von "angebotenen Musterprodukten" die Rede ist. Zudem ist in Punkt B1 des Leistungsverzeichnisses auch darauf verwiesen, dass die Bemusterung der Feststellung der Erfüllung gültiger Normen sowie geforderter Qualitäten und Anforderungen dient.

VR Frage an ASt: Hätte die Produktion der geforderten Musterprodukte längere Zeit in Anspruch genommen?

ASt: Nein, diese Produkte werden ohnedies produziert. Das bedeutet, dass diese nicht auf Halbe produziert werden sondern auf Abruf und eine Änderung der Größenwünsche keinerlei Zeitverzögerung bedeuten würden.

VR Frage an AG: Konnte die Qualitätsbewertung mit den zur Verfügung gestellten Musterprodukten ordnungsgemäß durchgeführt werden?

AG: Von Seiten des AG wurde nach durchgeführter Qualitätsbewertung nunmehr im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens dargestellt, welchen Einfluss die Ausschreibungswidrige Bemusterung auf die Bewertung hat. Von Seiten des AG werden im Rahmen der Verhandlung 4 Seiten "Einfluss Abweichungen Musterprodukte auf Bewertung XXXX " dem Gericht und dem ASt übergeben und zum Akt genommen. AG: Von Seiten des AG wurde nach durchgeführter Qualitätsbewertung nunmehr im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens dargestellt, welchen Einfluss die Ausschreibungswidrige Bemusterung auf die Bewertung hat. Von Seiten des AG werden im Rahmen der Verhandlung 4 Seiten "Einfluss Abweichungen Musterprodukte auf Bewertung römisch 40 " dem Gericht und dem ASt übergeben und zum Akt genommen.

ASt: Der AG offenbart hier eine bemerkenswerte Wandlungsfähigkeit in seiner Argumentation weil es ihm ursprünglich sehr wohl möglich gewesen ist, das Angebot der ASt zu bewerten, was auch zur ursprünglichen Anfechtung der Zuschlagsentscheidung geführt hat, sodass es schlicht unglaublich ist, dass dies nun nicht mehr möglich sein soll. Im Übrigen ist die nunmehr vorgelegte Auswertung nicht Teil des Vergabeaktes welcher zum Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung vorhanden war.

Von Seiten der AG werden die für die Ausscheidung ebenso herangezogenen Gründe laut Punkt 3 und 4 der Ausscheidensentscheidung zurückgenommen und sind somit nicht mehr verfahrensgegenständlich."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. 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 Oberschwedenbereich 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 Ausscheidensentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag eingebracht. Der Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist gegeben.

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 unbehebbar, 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 Küniglberg 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 beigefügten Powerpoint-Präsentation "Produktangaben" zu der 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:

[...]

Bürodrehstühle, Besucherstühle und Besprechungsraumstühle

[...]

3.2.5 Hocker

[...]

3.2.11 normal hoher Büro-/Besprechungsstuhl (Drehstuhl)

[...]

Loungemöbel / Mittelzonenmöblierung

[...]

4.1.5 Laptop-Beistelltisch

[...]

3 Bürodrehstühle, Besucherstühle und Besprechungsraumstühle

Die nachfolgend angeführten Daten stellen eine Mindestanforderung an die ausgeschriebenen Bürodrehstühle, Besucherstühle und Besprechungsraumstühle dar. Sämtliche Oberflächen müssen mit einem handelsüblichen Reinigungsmittel behandelbar sein.

Alle Möbel müssen optisch (insbesondere Oberfläche, Farbe und verwendete Stoffe) aufeinander abgestimmt sein. Textile Oberflächen müssen dementsprechend mit aufeinander, abgestimmten textilen Materialien und Farben ausgeführt sein.

[...]

3.2.5 Hocker

Ausführung allgemein

? stapelbar (Stapelung von mind. 4 Stühlen muss möglich sein)

? Hocker mit runder Sitzfläche; ohne Rückenlehne, ohne Armlehnen

? 3 oder 4-Fuß für Teppichboden geeignet

? Langzeitstabil

Anforderung Sitzfläche, Rückenlehne, Armlehne

? Sitzfläche: rund (Durchmesser ca. 30 - 35 cm)

Material und Farbe lt. Auswahl AG aus Herstellerkollektion

? Sitzpolster: textiles Sitzpolster

? Höhe Sitzfläche: Standardhöhe (ca. 43 cm)

? Rückenlehne: ohne

? Armlehne ohne

Anforderung Gestell

? Gestell: 3 oder 4-Fuß (Ausführung für Teppichboden)

? Material: Holz

? Farbe: Eiche natur oder schwarz

3.2.11 "normal hoher" Büro-/Besprechungsstuhl (Drehstuhl)

wie Pos. 3.2.10 (möglichst gleiche Produktfamilie) jedoch

Ausführung allgemein

"normal hoher" Büro-/Besprechungsstuhl (Drehstuhl)

für temporäre Nutzung

organisch geformte Sitzfläche/ Rückenlehne oder Sitzschale; ohne Armlehnen höhenverstellbar

5- Rollen Drehgestell, kippsicher

Gestell

Material: Metall

Oberfläche: pulverbeschichtet, kratzfest

Farbe: schwarz

Drehkreuz: Aluminium poliert oder gleichwertig

Rollen: Doppelaufrollen, für Teppichboden geeignet

Fußstütze: ohne

Sitz und Rückenlehne

Sitzfläche/ Sitzschale: textil, gepolstert

Rückenlehne/ Sitzschale: textil, gepolstert

Stoffbezug: antistatisch, strapazierfähig, pflegeleicht

Farbe: lt. Auswahl AG aus Herstellerkollektion

Höhe Rückenlehne: niedrig (ca. 30-40 cm)

alternativ mittelhoch (ca. 40-60 cm)

organisch, ergonomisch geformt

Sitzfläche höhenverstellbar von ca. 42-52 cm;

Bedienelemente im Sitzen gut erreichbar

Armlehnen: ohne

[...]

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.

[...]

4.1.5 Laptop-Beistelltisch

Die nachfolgend angeführten Daten stellen eine Mindestanforderung an den ausgeschriebenen Laptop- Beistelltisch dar.

Anforderung Laptop-Beistelltisch

Dimensionierung auf die Nutzung mit Laptop abgestimmt

Die Ausführung von Fuß, Gestell und Tischplatte ist geeignet den Laptop-Beistelltisch an die unter 4.1.1 bis 4.1.3 genannten Loungemöbel zum Arbeiten mit den Laptop heranzuziehen

Höhe ca. 62 cm

Anforderung Tischplatte

Oberfläche: kratzfest, nicht reflektierend

Material: durchgefärbter Kunststoff oder Metall pulverbeschichtet

Farbe: lt Auswahl AG aus Herstellerkollektion

Form: eckig

Anforderung Gestell

Material Metall pulverbeschichtet

Farbe: lt Auswahl AG aus Herstellerkollektion

Dimensionierungen

Höhe ca. 62 cm

Breite ca. 30 - 40 cm

Länge ca. 50 - 60 cm"

Von der Antragstellerin wurde im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2015 außer Streit gestellt, dass der in der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter XXXX " vom 29.10.2015 auf Seite 13 bis inklusive Seite 21 beschriebene Sachverhalt den Tatsachen entspricht. Von der Antragstellerin wurde im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2015 außer Streit gestellt, dass der in der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter römisch 40 " vom 29.10.2015 auf Seite 13 bis inklusive Seite 21 beschriebene Sachverhalt den Tatsachen entspricht.

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. Die vom Auftraggeber durchgeführten Prüfschritte sind im Vergabeakt, insbesondere der der Ausscheidensentscheidung zugrunde liegenden "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter römisch 40 " 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. Hocker mit Sitzpolster als gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vermerkt, dass in Position 3.2.5 des Leistungsverzeichnisses ein Hocker und ein textiler Sitzpolster gefordert werden. Im Rahmen der Bemusterung wurde in dieser Position ein Hocker ohne Sitzpolster zur Verfügung gestellt. Das Angebot ist daher als den Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot auszuscheiden. In der Ausscheidensentscheidung vom 03.11.2015 wird unter Punkt 1.1. Hocker mit Sitzpolster als gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vermerkt, dass in Position 3.2.5 des Leistungsverzeichnisses ein Hocker und ein textiler Sitzpolster gefordert werden. Im Rahmen der Bemusterung wurde in dieser Position ein Hocker ohne Sitzpolster zur Verfügung gestellt. Das Angebot ist daher als den Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot auszuscheiden.

Unter Position 1.2 normal hoher Büro-/Besprechungsraumstuhl (Drehstuhl) der Ausscheidensentscheidung wurde vermerkt, dass in Position 3.2.11 des Leistungsverzeichnisses "normal hoher Büro-/Besprechungsraumstuhl (Drehstuhl)" ein Drehstuhl ohne Armlehne gefordert ist. Im Rahmen der Bemusterung wurde in dieser Position ein Drehstuhl zur Verfügung gestellt, welcher Armlehnen aufweist. Das Angebot ist daher als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot auszuscheiden.

Unter Punkt 1.2 ovaler Laptoptisch der Ausscheidensentscheidung ist vermerkt, dass in Position 4.1.5 des Leistungsverzeichnisses als Mindestanforderung an die Tischplatte des Laptopbeistelltisches eine eckige Form der Tischplatte verlangt wurde. Im Rahmen der Bemusterung wurde ein Laptopbeistelltisch mit ovaler (nicht eckiger) Tischplatte zur Verfügung gestellt. Das Angebot ist daher als ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot auszuscheiden.

In Position 2 Verstoß gegen die Ausschreibungsbestimmungen - mangelnde Spezifikation der Produktangaben der Ausscheidensentscheidung wurden als weitere Ausscheidensgründe jene wiedergegeben, welche sich in der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter XXXX " vom 29.10.2015 auf Seite 13 bis inklusive Seite 21 finden. In Position 2 Verstoß gegen die Ausschreibungsbestimmungen - mangelnde Spezifikation der Produktangaben der Ausscheidensentscheidung wurden als weitere Ausscheidensgründe jene wiedergegeben, welche sich in der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter römisch 40 " vom 29.10.2015 auf Seite 13 bis inklusive Seite 21 finden.

Wie bereits an voriger Stelle ausgeführt, wurde die Richtigkeit des diesbezüglich beschriebenen Sachverhaltes von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlungen vom 15.12.2015 außer Streit gestellt.

Unter Position 3. und 4. der Ausscheidensentscheidung wurden angebliche Nachweismängel als weitere Ausscheidensgründe herangezogen. Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2015 hat der Auftraggeber die in den vorgenannten Punkten herangezogenen Gründe der Ausscheidensentscheidung zurückgenommen. Diese sind somit nicht mehr verfahrensgegenständlich.

Fristgerecht wurde von der Antragstellerin der gegenständliche Nachprüfungsantrag eingebracht und die Pauschalgebühren 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 3.2.5 des Leistungsverzeichnisses für die Bemusterung ein Hocker ohne textiles Sitzpolster zur Verfügung gestellt wurde, dass entgegen der Forderung in Position

3.2.11 des Leistungsverzeichnisses ein Drehstuhl mit Armlehnen anstelle ohne Armlehnen zur Verfügung gestellt wurde und dass entgegen der Forderung in Position 4.1.5 des Leistungsverzeichnisses ein Laptop-Beistelltisch mit einer ovalen, anstelle der geforderten eckigen Tischplatte zur Verfügung gestellt wurde.

Der auf Seite 13 bis inklusive Seite 21 der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter XXXX " vom 29.10.2015 dargestellte Sachverhalt wurde von der Antragstellerin im Zuge der mündlichen Verhandlung am 15.12. 2015 außer Streit gestellt und wird der dortig beschriebene Sachverhalt vom erkennenden Senat festgestellt und der rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt. Der auf Seite 13 bis inklusive Seite 21 der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter römisch 40 " vom 29.10.2015 dargestellte Sachverhalt wurde von der Antragstellerin im Zuge der mündlichen Verhandlung am 15.12. 2015 außer Streit gestellt und wird der dortig beschriebene Sachverhalt vom erkennenden Senat festgestellt und der rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt.

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.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung am 15.12.2015 hat der Antragstellervertreter darauf hingewiesen, dass der in Position

3.2.5 des Leistungsverzeichnisses geforderte Sitzpolster von der Antragstellerin angeliefert worden sei, ob dieser aber aufgelegt worden sei, könne die Antragstellerin nicht bestätigen.

Diesbezüglich wurde von der Auftraggeberin ausgeführt, dass ihr nicht bekannt wäre, dass ein textiles Sitzpolster von der Antragstellerin angeliefert worden wäre. Darauf hingewiesen wurde jedoch, dass Lieferung und Aufbau der Musterprodukte in der Verantwortung der Antragstellerin gestanden sind. Dieser Umstand wurde von der Antragstellerin auch außer Streit gestellt. Für den erkennenden Senat steht fest, dass das geforderte textile Sitzpolster bei der Bemusterung nicht zur Verfügung stand. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass im Produktnachweis der Antragstellerin zu Position 3.2.5 auch kein textiles Sitzpolster abgebildet ist. Auch ergibt sich aus der Fotodokumentation der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter XXXX " auf Seite 5, dass bei der Bemusterung kein textiles Sitzpolster vorhanden gewesen ist. Dieser Umstand wurde von der Antragstellerin auch nicht bestritten. Da unstreitig Lieferung und Aufbau der Musterprodukte in der Verantwortung der Antragstellerin gelegen sind, wäre es an ihr gelegen zu dokumentieren bzw. sich bestätigen zu lassen, dass nicht nur die Hocker, sondern auch die textilen Sitzpolster für die Bemusterung zur Verfügung gestellt worden sind. Der Umstand, dass erstmals in der mündlichen Verhandlung behauptet wurde das Sitzpolster sei angeliefert worden ist, macht den behaupteten Sachverhalt für den erkennenden Senat nicht glaubwürdig. Wäre dies so gewesen, so hätte die Antragstellerin diesen Umstand bereits in den Schriftsätzen erwähnt, zumal es sich diesbezüglich nicht um einen unbedeutenden Umstand handelt, zumal dies einer der Ausscheidengründe ist. Diesbezüglich wurde von der Auftraggeberin ausgeführt, dass ihr nicht bekannt wäre, dass ein textiles Sitzpolster von der Antragstellerin angeliefert worden wäre. Darauf hingewiesen wurde jedoch, dass Lieferung und Aufbau der Musterprodukte in der Verantwortung der Antragstellerin gestanden sind. Dieser Umstand wurde von der Antragstellerin auch außer Streit gestellt. Für den erkennenden Senat steht fest, dass das geforderte textile Sitzpolster bei der Bemusterung nicht zur Verfügung stand. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass im Produktnachweis der Antragstellerin zu Position 3.2.5 auch kein textiles Sitzpolster abgebildet ist. Auch ergibt sich aus der Fotodokumentation der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter römisch 40 " auf Seite 5, dass bei der Bemusterung kein textiles Sitzpolster vorhanden gewesen ist. Dieser Umstand wurde von der Antragstellerin auch nicht bestritten. Da unstreitig Lieferung und Aufbau der Musterprodukte in der Verantwortung der Antragstellerin gelegen sind, wäre es an ihr gelegen zu dokumentieren bzw. sich bestätigen zu lassen, dass nicht nur die Hocker, sondern auch die textilen

Sitzpolster für die Bemusterung zur Verfügung gestellt worden sind. Der Umstand, dass erstmals in der mündlichen Verhandlung behauptet wurde das Sitzpolster sei angeliefert worden ist, macht den behaupteten Sachverhalt für den erkennenden Senat nicht glaubwürdig. Wäre dies so gewesen, so hätte die Antragstellerin diesen Umstand bereits in den Schriftsätzen erwähnt, zumal es sich diesbezüglich nicht um einen unbedeutenden Umstand handelt, zumal dies einer der Ausscheidengründe ist.

Der Umstand, dass von der Antragstellerin für die Bemusterung in Position 3.2.11 des Leistungsverzeichnisses entgegen den darin enthaltenen Forderungen ein Bürostuhl mit, anstatt ohne Armlehnen bei der Bemusterung zur Verfügung gestellt wurde, wurde von der Antragstellerin gar nicht bestritten. Die Antragstellerin gestand auch zu, dass die Armlehnen von der Antragstellerin beim Aufbau zur Bemusterung nicht entfernt worden sind. Auch wurde von der Antragstellerin nicht bestritten, dass im Produktnachweis der Antragstellerin zur gegenständlichen Position ein Bürostuhl mit, anstelle ohne Armlehnen abgebildet ist.

Von der Antragstellerin wurde in der mündlichen Verhandlung zugestanden, dass in Position 4.1.5 des Leistungsverzeichnisses ein Laptop-Beistelltisch mit ovalem Grundriss (Tischplatte) zur Bemusterung zur Verfügung gestellt wurde. Dass die Antragstellerin angenommen habe, dass die Beistellung eines Laptop-Beistelltisches mit ovaler Tischplatte anstelle der im Leistungsverzeichnis geforderten eckigen Tischplatte ausschreibungskonform wäre, zumal auch ein Tisch mit ovaler Tischplatte Ecken aufweise, ist für den erkennenden Senat nicht nachvollziehbar und nicht glaubwürdig. Dies stellt eine bloße Schutzbehauptung dar.

Der auf Seite 13 bis inklusive Seite 21 der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter XXXX " vom 29.10.2015 von der Auftraggeberin beschriebene Sachverhalt wurde von der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2015 außer Streit gestellt. Der erkennende Senat konnte sich durch einen Vergleich des Leistungsverzeichnisses mit dem Angebot der Antragstellerin davon überzeugen, dass diese Angaben korrekt dargestellt wurden und fand daher auch keinen Grund daran zu zweifeln. Der auf Seite 13 bis inklusive Seite 21 der "Stellungnahme zu den für die Bemusterung vorgelegten Musterprodukten - Bieter römisch 40 " vom 29.10.2015 von der Auftraggeberin beschriebene Sachverhalt wurde von der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2015 außer Streit gestellt. Der erkennende Senat konnte sich durch einen Vergleich des Leistungsverzeichnisses mit dem Angebot der Antragstellerin davon überzeugen, dass diese Angaben korrekt dargestellt wurden und fand daher auch keinen Grund daran zu zweifeln.

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. 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 § 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. 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 § 312 Abs. 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. 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 4 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 4 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 unzweckmäßig 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). 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). 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.

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 bestandsfest 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 bestandsfesten 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 Qualität von textilen Sitzpolstern überprüft werden, wenn diese bei der Bemusterung nicht vorhanden waren oder die Erreichbarkeit von Bedienteilen bei einem Bürostuhl der mit anstatt ohne Armlehnen zur Bemusterung 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 Mindestqualitätsstandards 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 BVergG 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, BVergG 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 BVergG 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, BVergG 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 BVergG 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, BVergG 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 die in Punkt 2 der Ausscheidungsentscheidung genannten Umstände, welche von der Antragstellerin selbst außer Streit gestellt wurden, vorliegen und zum Beispiel die zwingend geforderte Angabe einer etwaigen Teilung der Tischplatte, welche in den Bieterangaben im Beiblatt B4 zwingend zu vermerken gewesen wäre, sich im Angebot der Antragstellerin nicht findet, obwohl bei der Bemusterung Möbel mit geteilten Tischplatten vorhanden waren.

Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung dieser Angebotsmängel 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 unbehebbarren 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 unbehebbarren 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 bezüglich des Umstandes, dass die Antragstellerin im Zuge des Aufbaues der Mustermöbel nicht auf offensichtliche Abweichungen hinsichtlich der Forderungen des Leistungsverzeichnisses aufmerksam gemacht wurde, 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.

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 Ausscheidensentscheidung unter den Punkten 1 und 2.1 bis 2.3 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.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die Ausscheidensentscheidung auch deshalb für nichtig zu erklären wäre, da die Auftraggeberin beabsichtige sanktionslos einem auszuschneidenden Angebot (XXXX) den Zuschlag zu erteilen, kann nicht gefolgt werden. Einerseits handelt es sich um reine Vermutungen hinsichtlich der weiteren Vorgehensweise der Auftraggeberin, andererseits gibt es nach Ansicht des erkennenden Senates auch keine Rechtsgrundlage im BVergG, welche die Ansicht der Antragstellerin stützen würde. Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die Ausscheidensentscheidung auch deshalb für nichtig zu erklären wäre, da die Auftraggeberin beabsichtige sanktionslos einem auszuschneidenden Angebot (römisch 40) den Zuschlag zu erteilen, kann nicht gefolgt werden. Einerseits handelt es sich um reine Vermutungen hinsichtlich der weiteren Vorgehensweise der Auftraggeberin, andererseits gibt es nach Ansicht des erkennenden Senates auch keine Rechtsgrundlage im BVergG, welche die Ansicht der Antragstellerin stützen würde.

Dass die Antragstellerin ausdrücklich 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.

Dies gilt auch für den Umstand, dass die Antragstellerin in den Produktnachweisen den Hinweis "Symbolfoto-Ausführung gemäß LV-Position" angebracht hat. Ein Musterprodukt, welches den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses nicht entspricht, wird dadurch nicht zu einem ausschreibungskonformen Produkt.

Das von der Antragstellerin angeführte Erkenntnis des BVwG (BVwG 03.12.2015, W114 2116410) ist für den gegenständlichen Fall nicht maßgeblich, da sich der dort behandelte Sachverhalt vom gegenständlichen Ausgangssachverhalt erheblich unterscheidet. Dies insbesondere deshalb, da in der zitierten Entscheidung eine Ablichtung thematisiert worden ist, die einem nicht beurteilungsrelevanten Erstangebot im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens beigefügt gewesen ist. Dem gegenüber ist die Bemusterung im gegenständlichen Fall jedoch Teil eines verbindlichen Angebotes, Grundlage für dessen Qualitätsbewertung und Überprüfung der Mindestanforderungen.

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.

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, Angebotsfrist, Angebotsmangel, Antragslegimitation, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Ausscheidensgründe, Ausschreibung, Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung, Bestandsfestigkeit, Bietergleichbehandlung, Bonitätsauskunft, effektiver Rechtsschutz, Eignung, Eignungskriterien, Ermessensausübung, Ermessensspielraum, fairer Wettbewerb, Gleichbehandlung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Kalkulation, Konkretisierung, Kreditinstitut, Lieferauftrag, Mängelbehebung, Mangelhaftigkeit, Mindestanforderung, Muster, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, objektiver Erklärungswert, objektiver Maßstab, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebührenersatz, rechtliches Interesse, Rechtsmissbrauch, Sorgfaltspflicht, Teilnahmeantrag, Unbehebbarkeit, unvollständiges Angebot, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Vergabeverfahren, Vergleichbarkeit der Angebote, Verspätung, Wettbewerbsrelevanz, Widerspruch, Zuschlagskriterien,

Zuverlässigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W138.2117130.2.00

Zuletzt aktualisiert am

12.01.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at