

TE Bvwg Erkenntnis 2015/8/11 W138 2110661-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.08.2015

Entscheidungsdatum

11.08.2015

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §101 Abs4

BVergG 2006 §104 Abs2

BVergG 2006 §107 Abs4

BVergG 2006 §118 Abs4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §25

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §4

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

1. ABGB § 914 heute

2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. BVergG 2006 § 101 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 104 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 107 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 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 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013

6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003

8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974

9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946

10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W138 2110661-2/18E

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 Dr. Annemarie MILLE als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Dachstuhlverstärkung über Wohnungstrakt, 3500 Krems an der Donau, Kasernenstraße 6-8, Zimmererarbeiten" der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Objektmanagement Team NÖ West, Niederösterreichring 2/ Haus B, 3109 St. Pölten über den Antrag der XXXX, vertreten durch Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH, Sterneckstraße 35 5020 Salzburg vom 15.07.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 04.08.2015 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden sowie Mag. Susanne WIXFORTH als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie MILLE als

fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Dachstuhlverstärkung über Wohnungstrakt, 3500 Krems an der Donau, Kasernenstraße 6-8, Zimmererarbeiten" der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Objektmanagement Team NÖ West, Niederösterreichring 2/ Haus B, 3109 St. Pölten über den Antrag der römisch 40, vertreten durch Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH, Sterneckstraße 35 5020 Salzburg vom 15.07.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 04.08.2015 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag "Die Antragstellerin beantragt die Entscheidung des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., wonach im Vergabeverfahren Dachstuhlverstärkung über Wohnungstrakt, 3500 Krems an der Donau, Kasernenstraße 6-8, Zimmermannsarbeiten das Angebot der XXXX vom 29.06.2015 mit einem Gesamtpreis von XXXX ausgeschieden wird, für nichtig zu erklären und die Antragsgegnerin schuldig zu erkennen der Antragstellerin die Pauschalgebühren zu ersetzen", wird gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG abgewiesen. römisch eins. Der Antrag "Die Antragstellerin beantragt die Entscheidung des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., wonach im Vergabeverfahren Dachstuhlverstärkung über Wohnungstrakt, 3500 Krems an der Donau, Kasernenstraße 6-8, Zimmermannsarbeiten das Angebot der römisch 40 vom 29.06.2015 mit einem Gesamtpreis von römisch 40 ausgeschieden wird, für nichtig zu erklären und die Antragsgegnerin schuldig zu erkennen der Antragstellerin die Pauschalgebühren zu ersetzen", wird gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG abgewiesen.

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

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Die XXXX (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH, Sterneckstraße 35, 5020 Salzburg stellte mit Schriftsatz vom 15.07.2015 das im Spruch ersichtliche Begehren, verbunden mit einem Antrag auf Gebührenersatz. Es wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Entscheidung über das Ausscheiden des Angebotes von der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H (im Weiteren Auftraggeberin) der Antragstellerin per Telefax am 08.07.2015 bekannt gegeben worden sei. Das Vergabeverfahren sei ein Verfahren im Unterschwellenbereich und damit sei die siebentägige Frist gewahrt. Die Antragstellerin habe in diesem Verfahren ein rechtsgültiges Angebot gelegt. Die von der Auftraggeberin im Schreiben vom 08.07.2015 für die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin angeführten unbeheblichen Mängel würden nicht vorliegen. Die Antragstellerin sei ein befugtes und nach den Bestimmungen der Ausschreibungen geeignetes Unternehmen. Sie habe ein Interesse, den Zuschlag zu erhalten. Dies sei allein durch die Angebotsabgabe dokumentiert. Wenn das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden würde, so würde der Antragstellerin die Chance entgehen, den Zuschlag zu erhalten. Würde das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden, wäre ihr aufgrund der Angebotsergebnisse der Zuschlag zu erteilen. Die Antragstellerin sei daher in ihrem Recht auf Unterbleiben des Ausscheidens ihres Angebotes vom 29.06.2015 verletzt. Die Auftraggeberin sei eine vollkommen vom Bund beherrschte Gesellschaft, sodass die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben wäre. Die römisch 40 (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH, Sterneckstraße 35, 5020 Salzburg stellte mit Schriftsatz vom 15.07.2015 das im Spruch ersichtliche Begehren, verbunden mit einem Antrag auf Gebührenersatz. Es wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Entscheidung über das Ausscheiden des Angebotes von der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H (im Weiteren Auftraggeberin) der Antragstellerin per Telefax am 08.07.2015 bekannt gegeben worden sei. Das Vergabeverfahren sei ein Verfahren im Unterschwellenbereich und damit sei die siebentägige Frist gewahrt. Die Antragstellerin habe in diesem Verfahren ein rechtsgültiges Angebot gelegt. Die von der Auftraggeberin im Schreiben

vom 08.07.2015 für die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin angeführten unbehebbarer Mängel würden nicht vorliegen. Die Antragstellerin sei ein befugtes und nach den Bestimmungen der Ausschreibungen geeignetes Unternehmen. Sie habe ein Interesse, den Zuschlag zu erhalten. Dies sei allein durch die Angebotsabgabe dokumentiert. Wenn das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden würde, so würde der Antragstellerin die Chance entgehen, den Zuschlag zu erhalten. Würde das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden, wäre ihr aufgrund der Angebotsergebnisse der Zuschlag zu erteilen. Die Antragstellerin sei daher in ihrem Recht auf Unterbleiben des Ausscheidens ihres Angebotes vom 29.06.2015 verletzt. Die Auftraggeberin sei eine vollkommen vom Bund beherrschte Gesellschaft, sodass die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben wäre.

In einer weiteren Stellungnahme vom 28.07.2015 führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass der Vermerk auf dem Formular des Angebotsschreibens keine Bestimmung sei, die dahin zu verstehen sei, dass dann, wenn nicht alle stark umrandeten Teile ausgefüllt würden, das Angebot ausgeschieden werde. In den Angebotsbestimmungen sei nicht festgehalten, dass neben dem Leistungsverzeichnis auch die im Angebotsschreiben vorgesehenen Felder für "Anteil Lohn/Anteil Sonstiges" und Zuschläge für "kollektivvertragliche Stundenlöhne" und "Stoffkosten" zu vervollständigen wären. Diese Angaben hätten weder für den Zuschlag, noch für die Vertragsdurchführung Bedeutung. Für die Zuschläge "kollektivvertragliche Stundenlöhne" und "Stoffkosten" sei darüber hinaus darauf zu verweisen, dass diese Angaben nur dann Sinn machen würden, wenn im Leistungsverzeichnis für angehängte Regieleistungen keine Preise vorgesehen wären. Im Leistungsverzeichnis seien aber für angehängte Regieleistung Preise vorgesehen. Undeutliche Ausschreibungsbestimmungen seien zu Lasten der Auftraggeberin auszulegen. Die Angebotsbestimmungen hätten das Fehlen einer nicht zuschlagsrelevanten Angabe nicht als, zusätzlich zum Gesetz durch die Ausschreibung festgelegten, unbehebbarer Mangel festgesetzt. Es gelte daher Punkt 3, zweiter Absatz der Angebotsbestimmungen, wonach der nicht zuschlagsrelevante Mangel des unvollständigen Angebotes durch Bekanntgabe der entsprechenden Daten behoben werden könne und das Angebot erst dann ausgeschieden werden dürfe, wenn der Mangel trotz Aufforderung nicht behoben würde. Entgegen der Ansicht der Auftraggeberin sei Punkt 7.2 des Angebotsschreibens nicht für allfällige nachträgliche Regieleistungen als Preisbasis heranzuziehen. Eine derartige Bestimmung würden weder die Angebotsbestimmungen noch die Vertragsbedingungen enthalten. Es sei weder in den AEB noch im LV noch sonst wo festgelegt, dass der im Angebotsschreiben anzugebende Bruttomittelohnpreis, der Gesamtzuschlag, die Zuschläge für kollektivvertragliche Stundenlöhne/Stoffkosten für den Zuschlag oder die Vertragsabwicklung heranzuziehen seien. In 14.1 der AEB sei festgelegt, dass Zusatzangebote gegebenenfalls auf Grundlage eines Leistungsverzeichnisses mit einer auf Preisbasis des Hauptauftrages erstellten Kalkulation bzw. dem Nachweis über die Angemessenheit der Preise, schriftlich geltend zu machen seien. Das Angebotsschreiben verlange im Punkt 7 vom Bieter die Erklärung: Die Einheits- und Pauschalpreise wurden von mir (uns) gemäß Ö-Norm B 2061 auf folgenden Kalkulationsgrundlagen ermittelt:

Wenn die Einheitspreise gemäß Ö-Norm B 2061 zu ermitteln wären, so wären gemäß

Ö-Norm B 2061 die Formblätter K3 bis K7 der Ö-Norm B 2061 heranzuziehen. Bei Nachtragsangeboten im Sinne Punkt 14 der AEB seien daher auch nicht die im Punkt 7 und Punkt 8 angeführten Grundlagen, sondern die sich aus einer Preisermittlung gemäß

Ö-Norm B 2061 ergebenden, heranzuziehen. Punkt 14, Punkt 1 der AEB habe sich für den gegenständlichen Fall dafür entschieden, die Grundsätze der Ö-Norm B 2061 heranzuziehen. Daraus ergebe sich, dass die von der Auftraggeberin gewünschten Angaben im Angebotsschreiben für Nachtragsangebote bedeutungslos seien und eine Teilkalkulation gemäß Hauptangebot zu erstellen sei. Da die K7 Blätter und offenbar ebenso die von der Auftraggeberin in Punkt 7 gewünschten Angaben nur den Nachweis der Preisbildung dienen sollten, liege in der Nichtvorlage keine Besserstellung des Bieters vor. Es sei sohin von einem behebbaren Mangel auszugehen, der in der Folge tatsächlich behoben worden sei. Gleiches gelte für die Ausführungen zur Stellungnahme zu Punkt 8. Der weitere geltend gemachte Ausscheidungsgrund der unzulässigen Lackierung im Angebot liege nicht vor und sei es nicht zulässig Ausscheidungsgründe nachzuschieben. Es sei zutreffend, dass im Angebotsschreiben ein ermittelter Positionspreis offenbar in Folge unrichtig Multiplikation oder eines Schreibfehlers unrichtig gewesen wäre. Der unrichtig ermittelte Positionspreis sei durch Überlacken auf den sich aus Vordersatz und Einheitspreis ergebenden richtigen Positionspreis ausgebessert worden. Es stehe zweifelsfrei fest, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt sei. Die Tatsache, dass die Korrektur nicht durch rechtsgültige Unterschrift bestätigt worden sei, stelle keinen Ausscheidungsgrund dar.

Die Auftraggeberin habe ein Zuwiderhandeln, wonach die Verwendung von Korrekturlack oder Radierungen und der gleichen unzulässig sei, nicht als zwingenden Grund für das Ausscheiden des Angebotes festgesetzt. Aus der Urkunde selbst ergebe sich, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt sei.

Am 17.07.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und äußerte sich hinsichtlich der beantragten einstweiligen Verfügung dahingehend, dass die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar bevor stünde und sohin der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch Erteilung des Zuschlages drohe. Mangels Schadenseintrittsmöglichkeit sei die Untersagung der Zuschlagserteilung daher nicht notwendig. Die Auftraggeberin beantragte daher dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 22.07.2015 nahm die Auftraggeberin Stellung zum gesamten Antragsvorbringen und führte im Wesentlichen aus, dass das Angebot der Antragstellerin in Folge des Nichtausfüllens der Punkte

7.2 und 8 des Angebotsschreibens mit einem unbehebbarer Mangel behaftet und diese daher zurecht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden sei. Auf Seite 1 des bestandfesten Angebotsschreibens sei festgelegt worden, dass vom Bieter die stark umrandeten Teile auszufüllen seien. Solche stark umrandeten Felder würden sich auf Seite 4 unter Punkt 7.2 und 8 des Angebotsschreibens finden. Diese hätte die Antragstellerin der Abgabe ihres Angebots nicht ausgefüllt. Mit Schreiben vom 09.07.2015, also erst nach Angebotsabgabe habe die Antragstellerin unaufgefordert die Seite 4 des Angebotsschreibens mit nachträglichen Angaben in den betreffenden Feldern übermittelt. Das verwendete Angebotsschreiben (Standardunterlage) sehe unter Punkt 7.1 vor, dass für Baumeisterarbeiten Kalkulationsblätter anzuschließen seien. Da es sich gegenständlich eben nicht um Baumeisterarbeiten handle und an keiner Stelle in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt sei, dass dem Angebot Kalkulationsformblätter anzuschließen seien, wäre das Feld in Punkt 7.2 des Angebotsschreibens zwingend auszufüllen. In diesem Punkt seien einerseits der Bruttomittelohnpreis und andererseits der Gesamtumschlag auf die Bruttostoffkosten anzugeben. Bei diesen Angaben handle es sich also um die Urkalkulation des Angebotes. Dieses sei als Vertragsgrundlage auch für allfällige Nachträge relevant. Wie die Antragstellerin richtig ausführe, würden die vertraglichen Bestimmungen (Ö-Norm B 2110: 2013 iVm Punkt 14.1 der AEB, Punkt 14.1) festlegen, das Mehrkostenforderungen gegebenenfalls auf Grundlage des Leistungsverzeichnisses mit einer auf Preisbasis des Hauptauftrages erstellten Kalkulation geltend zu machen seien. Gebe es keine Position im Leistungsverzeichnis, sei eben Punkt 7.2 für allfällige Nachträge als Preisbasis heranzuziehen. In Punkt 8 des Angebotsschreibens wäre von der Bieterin eine Angabe darüber zu machen, mit welchen Zuschlägen die kollektivvertraglichen Stundenlöhne bzw. Stoffkosten für angehängte Regieleistungen verrechnet würden. So weit im Leistungsverzeichnis keine Preise vorgesehen seien, seien die Angaben in Punkt 8 für angehängten Regieleistungen heranzuziehen. Im Leistungsverzeichnis seien Preise für Regiestunden sowie für Bauholz anzugeben. Eine abschließende Aufzählung von Regie- und Stoffkosten sei darin nicht zu erblicken und sei auch gar nicht möglich. Schließlich könnten auch irgendwelche anderen Materialien außer Bauholz im Rahmen der Leistungserbringung zur Ausführung gelangen. Für eben diese nicht im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Regieleistungen seien in Punkt 8. Zuschläge auf kollektivvertragliche Stundenlöhne und Stoffkosten abgefragt worden und wären daher zwingend von der Bieterin bekanntzugeben gewesen. Dies habe die Antragstellerin unterlassen. Sie habe also keine Willenserklärung dahingehend abgegeben, mit welchem Stoffkostenzuschlag sie die nicht im Leistungsverzeichnis enthaltenen angehängten Regieleistungen erbringen würde. Die Behebung eines Mangels sei dann nicht zulässig, wenn durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters nachträglich gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde. In diesem Sinne liege auch dann ein unbehebbarer Angebotsmangel vor, wenn der befristet vom Bieter zu bestimmende Angebotsinhalt nachträglich geändert würde. Dies sei gegenständlich der Fall. Durch die nachträgliche Bekanntgabe der Angaben auf Seite 4 des Angebotsschreibens habe die Antragstellerin ihr Angebot nachträglich abgeändert. Diese Vorgehensweise widerspreche insbesondere dem Gleichbehandlungsgebot der Bieter den allgemeinen Grundsätzen bezüglich der Unveränderlichkeit von Angeboten und dem Verhandlungsverbot im offenen Verfahren gemäß § 101 Abs. 4 BVergG. Was aber eine unzulässige nachträgliche Angebotsänderung nach § 101 Abs. 4 BVergG darstelle, könne nicht gleichzeitig als behebbarer Angebotsmangel bzw. nicht als behebbarer Angebotsunvollständigkeit bewertet werden. Die Angaben in Punkt 7.2 und 8 des Angebotsschreibens würden zwar nicht direkt in den Gesamtpreis einfließen und mögen damit vielleicht nicht im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertungsrelevant sein. Sie seien aber bedingter Werklohnbestandteil und könnten daher, ebenso wenig wie die im

Leistungsverzeichnis anzubietenden Preise, einfach nachträglich angegeben oder geändert werden. Wenn die Antragstellerin behaupte, dass die in Punkt 7 und 8 geforderten Angaben auch für die Vertragsabwicklung, insbesondere für das von der Auftraggeberin zu leistende Entgelt ohne Bedeutung wären, sei ihr entgegen zu halten, dass im Rahmen der Vertragsabwicklung durchaus Leistungen anfallen können, die nicht im Leistungsverzeichnis enthalten wären und es ohne Angaben in Punkt 7.2 und 8 keine Grundlage für die Abrechnung von nicht enthaltenen Leistungen gebe. Nachtragsangebote seien auf Basis der Urkalkulation gemäß Punkt 7.2 zu erstellen und seien die Zuschläge in Punkt 8 für im Leistungsverzeichnis nicht enthaltene angehängte Regieleistung heranzuziehen. Die Angaben seien daher von wesentlicher Bedeutung für die Vertragsabwicklung. 7.2 und 8 des Angebotsschreibens mit einem unbehebbarer Mangel behaftet und diese daher zurecht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden sei. Auf Seite 1 des bestandfesten Angebotsschreibens sei festgelegt worden, dass vom Bieter die stark umrandeten Teile auszufüllen seien. Solche stark umrandeten Felder würden sich auf Seite 4 unter Punkt 7.2 und 8 des Angebotsschreibens finden. Diese hätte die Antragstellerin der Abgabe ihres Angebots nicht ausgefüllt. Mit Schreiben vom 09.07.2015, also erst nach Angebotsabgabe habe die Antragstellerin unaufgefordert die Seite 4 des Angebotsschreibens mit nachträglichen Angaben in den betreffenden Feldern übermittelt. Das verwendete Angebotsschreiben (Standardunterlage) sehe unter Punkt 7.1 vor, dass für Baumeisterarbeiten Kalkulationsblätter anzuschließen seien. Da es sich gegenständlich eben nicht um Baumeisterarbeiten handle und an keiner Stelle in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt sei, dass dem Angebot Kalkulationsformblätter anzuschließen seien, wäre das Feld in Punkt 7.2 des Angebotsschreibens zwingend auszufüllen. In diesem Punkt seien einerseits der Bruttomittelohnpreis und andererseits der Gesamtumschlag auf die Bruttostoffkosten anzugeben. Bei diesen Angaben handle es sich also um die Urkalkulation des Angebotes. Dieses sei als Vertragsgrundlage auch für allfällige Nachträge relevant. Wie die Antragstellerin richtig ausführe, würden die vertraglichen Bestimmungen (Ö-Norm B 2110: 2013 in Verbindung mit Punkt 14.1 der AEB, Punkt 14.1) festlegen, dass Mehrkostenforderungen gegebenenfalls auf Grundlage des Leistungsverzeichnisses mit einer auf Preisbasis des Hauptauftrages erstellten Kalkulation geltend zu machen seien. Gebe es keine Position im Leistungsverzeichnis, sei eben Punkt 7.2 für allfällige Nachträge als Preisbasis heranzuziehen. In Punkt 8 des Angebotsschreibens wäre von der Bieterin eine Angabe darüber zu machen, mit welchen Zuschlägen die kollektivvertraglichen Stundenlöhne bzw. Stoffkosten für angehängte Regieleistungen verrechnet würden. So weit im Leistungsverzeichnis keine Preise vorgesehen seien, seien die Angaben in Punkt 8 für angehängten Regieleistungen heranzuziehen. Im Leistungsverzeichnis seien Preise für Regiestunden sowie für Bauholz anzugeben. Eine abschließende Aufzählung von Regie- und Stoffkosten sei darin nicht zu erblicken und sei auch gar nicht möglich. Schließlich könnten auch irgendwelche anderen Materialien außer Bauholz im Rahmen der Leistungserbringung zur Ausführung gelangen. Für eben diese nicht im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Regieleistungen seien in Punkt 8. Zuschläge auf kollektivvertragliche Stundenlöhne und Stoffkosten abgefragt worden und wären daher zwingend von der Bieterin bekanntzugeben gewesen. Dies habe die Antragstellerin unterlassen. Sie habe also keine Willenserklärung dahingehend abgegeben, mit welchem Stoffkostenzuschlag sie die nicht im Leistungsverzeichnis enthaltenen angehängten Regieleistungen erbringen würde. Die Behebung eines Mangels sei dann nicht zulässig, wenn durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters nachträglich gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. In diesem Sinne liege auch dann ein unbehebbarer Angebotsmangel vor, wenn der befristet vom Bieter zu bestimmende Angebotsinhalt nachträglich geändert würde. Dies sei gegenständlich der Fall. Durch die nachträgliche Bekanntgabe der Angaben auf Seite 4 des Angebotsschreibens habe die Antragstellerin ihr Angebot nachträglich abgeändert. Diese Vorgehensweise widerspreche insbesondere dem Gleichbehandlungsgebot der Bieterinnen den allgemeinen Grundsätzen bezüglich der Unveränderlichkeit von Angeboten und dem Verhandlungsverbot im offenen Verfahren gemäß Paragraph 101, Absatz 4, BVergG. Was aber eine unzulässige nachträgliche Angebotsänderung nach Paragraph 101, Absatz 4, BVergG darstelle, könne nicht gleichzeitig als behebbarer Angebotsmangel bzw. nicht als behebbarer Angebotsunvollständigkeit bewertet werden. Die Angaben in Punkt 7.2 und 8 des Angebotsschreibens würden zwar nicht direkt in den Gesamtpreis einfließen und mögen damit vielleicht nicht im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertungsrelevant sein. Sie seien aber bedingter Werklohnbestandteil und könnten daher, ebenso wenig wie die im Leistungsverzeichnis anzubietenden Preise, einfach nachträglich angegeben oder geändert werden. Wenn die Antragstellerin behaupte, dass die in Punkt 7 und 8 geforderten Angaben auch für die Vertragsabwicklung, insbesondere für das von der Auftraggeberin zu leistende Entgelt ohne Bedeutung wären, sei ihr entgegen zu halten, dass im Rahmen der Vertragsabwicklung durchaus Leistungen anfallen können, die nicht im Leistungsverzeichnis enthalten wären und es ohne Angaben in Punkt 7.2 und

8 keine Grundlage für die Abrechnung von nicht enthaltenen Leistungen gebe. Nachtragsangebote seien auf Basis der Urkalkulation gemäß Punkt 7.2 zu erstellen und seien die Zuschläge in Punkt 8 für im Leistungsverzeichnis nicht enthaltene angehängte Regieleistung heranzuziehen. Die Angaben seien daher von wesentlicher Bedeutung für die Vertragsabwicklung.

Die Antragstellerin habe zudem in ihrem Angebot eine unzulässige Lackierung bzw. Korrektur vorgenommen. In der Position 011814B sei der Positionspreis durch Auslacken und nachträgliches Darüberschreiben korrigiert worden. Dies ohne Datumsangabe und rechtsgültiger Unterfertigung. Diese, mitten im Angebot befindliche Lackierung bzw. Korrektur, sei bei der Angebotsöffnung nicht aufgefallen und sei daher nicht verlesen worden. Gemäß Punkt 3 der bestandfesten Angebotsbestimmungen sei die Verwendung von Korrekturlack oder Radierungen und dergleichen unzulässig. Korrekturen müssten deutlich erkennbar sein und vom Bieter unter Angabe des Datums gesondert unterfertigt werden. Zudem bestimme § 107 Abs. 4 BVergG, dass Korrekturen von Bieterangaben eindeutig und klar sein müssten und so durchzuführen seien, dass zweifelsfrei feststehe, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt sei. Sie müsse unter Angabe des Datums durch rechtsgültige Unterschrift bestätigt werden. Bei unzulässiger Verwendung von Korrekturlack ohne Datumsangabe und Bestätigen der Unterschrift handle es sich um ein den gesetzlichen Vorgaben und den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, welches keiner Verbesserung zugänglich sei. Die im Angebot befindliche Lackierung bzw. Korrektur ohne Datumsangabe und Unterfertigung stelle daher einen zusätzlichen Ausscheidungsgrund dar.

Die Antragstellerin habe zudem in ihrem Angebot eine unzulässige Lackierung bzw. Korrektur vorgenommen. In der Position 011814B sei der Positionspreis durch Auslacken und nachträgliches Darüberschreiben korrigiert worden. Dies ohne Datumsangabe und rechtsgültiger Unterfertigung. Diese, mitten im Angebot befindliche Lackierung bzw. Korrektur, sei bei der Angebotsöffnung nicht aufgefallen und sei daher nicht verlesen worden. Gemäß Punkt 3 der bestandfesten Angebotsbestimmungen sei die Verwendung von Korrekturlack oder Radierungen und dergleichen unzulässig. Korrekturen müssten deutlich erkennbar sein und vom Bieter unter Angabe des Datums gesondert unterfertigt werden. Zudem bestimme Paragraph 107, Absatz 4, BVergG, dass Korrekturen von Bieterangaben eindeutig und klar sein müssten und so durchzuführen seien, dass zweifelsfrei feststehe, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt sei. Sie müsse unter Angabe des Datums durch rechtsgültige Unterschrift bestätigt werden. Bei unzulässiger Verwendung von Korrekturlack ohne Datumsangabe und Bestätigen der Unterschrift handle es sich um ein den gesetzlichen Vorgaben und den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, welches keiner Verbesserung zugänglich sei. Die im Angebot befindliche Lackierung bzw. Korrektur ohne Datumsangabe und Unterfertigung stelle daher einen zusätzlichen Ausscheidungsgrund dar.

In einem weiteren Schriftsatz vom 03.08.2015 führte die Auftraggeberin im Wesentlichen aus, dass die Punkte 7 und 8 sehr wohl von maßgeblicher Bedeutung seien, da sie als Preisbasis für im Leistungsverzeichnis nicht enthaltene Leistungen dienen würden. Ohne die Angaben gebe es keine Kalkulationsgrundlage für diesbezügliche Mehrkostenforderungen. Sie seien gemäß den Vorgaben der Ausschreibung zwingend auszufüllen und könnten nicht nachträglich angegeben bzw. geändert werden. In der Durchführung von Bauvorhaben komme es regelmäßig zur Ausführung von im Leistungsverzeichnis nicht enthaltenen Leistungen. Dies sei insbesondere bei Sanierungen der Fall, da dort vermehrt durch unbekannten Bestand verursachte, unvorhergesehene Arbeiten anfallen könnten. Ein sachkundiger Bieter müsse daher jedenfalls damit rechnen, dass im Leistungsverzeichnis nicht enthaltene Leistungen zur Ausführung gelangen könnten. Die Leistungsgruppe 36 90 enthalte keine abschließende Auflistung von Regieleistungen. Zusätzlich zu den ausgeschriebenen, angehängten Regieleistungen könnten gegenständlich insbesondere folgende Stoffkosten anfallen, für welche zwingend ein Stoffkostenzuschlag anzugeben gewesen wäre:

- Stahlbauteile, Befestigungsmaterial eventuelle zusätzliche Verstärkungen
- Gewindestange, Schrauben, Holzbauschrauben, Nägel
- Wärmedämmung etc.

Die Antragstellerin selbst wisse, dass solche zusätzlichen im Leistungsverzeichnis nicht enthaltenen Leistungen immer wieder vorkommen. Dies zeige sich aus der Abwicklung von Vergabeverfahren, bei welchen die Antragstellerin den Zuschlag erhalten habe. Wenn die Antragstellerin ausführe, dass bei Nachtragsangeboten im Sinne Punkt 14 der AEB nicht die im Punkt 7 und 8 angeführten Grundlagen, sondern die sich aus einer Preisermittlung gemäß Ö-Norm B 2061 ergebenden, heranzuziehen seien, übersehe sie, dass die Angaben auf Seite 4 des Angebotsschreibens nichts anderes

seien als eine nach der Ö-Norm B 2061 zu ermittelnde Preisgrundlage. Im Besonderen sei der Anteil Lohn im Punkt 7.2 ein vereinfacht dargestelltes K3 Blatt der Ö-Norm B 2061. Dort würden alle im K3-Blatt befindlichen Preiskomponenten zusammengefasst abgefragt.

Am 04.08.2015 fand vor dem BVwG eine mündliche Verhandlung statt im Zuge derer die Parteien im Wesentlichen wie folgt ausführten:

"AStV bringt ergänzend vor: Die Stellungnahme der Antraggegnerin von 03.08.2015 wird bestritten. Unter Punkt 1.3. der Stellungnahme führt die Antragsgegnerin ins Treffen, dass der Antragstellerin aufgrund zweier Vergabeverfahren bekannt gewesen sei, dass zusätzliche im Leistungsverzeichnis nicht enthaltene Leistungen immer wieder vorkommen. Der Antragstellerin hatte aber in eben diesen Vergabeverfahren die den Punkten 7.2. und 8. im Anlassfall entsprechenden Punkte ebenfalls nicht ausgefüllt und trotzdem den Zuschlag erhalten. Die Antragstellerin durfte daher davon ausgehen, dass die Punkte 7.2. und 8. im Anlassfall erneut nicht zwingend auszufüllen sind. Überdies steht die Bekanntgabe der Daten zu Punkt

7.2. und 8. des Angebotsschreibens vom 9.07.2015, Beilage L, im Gegensatz zum Sachverhalt der Entscheidung des BVA 08.08.2012 N/0066-BVA/08/2012-54 keine unzulässige nachträgliche Angebotsänderung dar, zumal durch die Nachreichung der Angaben im Anlassfall keine nachmalige Bestimmung eines Preisanteils bei angehängten Regieleistungen welche zuschlagsrelevant ist erfolgte. Des Weiteren liegt im Anlassfall lediglich die Korrektur bzw. das Überlacken eines Positionspreises vor, anders als im Sachverhalt des Erkenntnisses des Bundesverwaltungsgerichts W138 2107225-2/17E besteht im Anlassfall keine Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur bzw. Manipulationsmöglichkeit zumal eine nachträgliche Korrektur gegenständlichen Positionspreises zwingend auch die betragliche Korrektur des zugrundeliegenden Einheitspreises somit auch eine betragliche Korrektur des diesen zugrunde liegenden Positionen und des Weiteren einer Korrektur des Kapitelpreises der Baustellengemeinkosten der Leistungssumme des Gesamtpreises der Umsatzsteuer und des Angebotspreises erfordern würde. Nach Abgabe des Angebots hatte die Antragstellerin keinen Zugriff mehr darauf, weshalb zweifelsfrei feststeht, dass gegenständliche Korrektur vor Angebotsabgabe erfolgte.

Auftraggeberin bestreitet das Vorbringen der Antragstellerin und verweist auf das eigene.

VR: Was wird unter den Stoffkosten in Punkt 8 des Angebotsschreibens verstanden?

AG: Das sind Kosten für sämtliche Materialien, die beim Bauvorhaben zur Ausführung gelangen können.

VR: Wird das in Frage gestellt?

AStV: Dieses Vorbringen kann außer Streit gestellt werden, ändert jedoch an dem Inhalt der Ausschreibung nichts. Nochmals verwiesen wird darauf, dass in vorangegangenen Ausschreibungen der Auftraggeberin diese Positionen von der Antragstellerin nicht ausgefüllt wurden und ihr dennoch der Zuschlag erteilt wurde.

VR: Sind diese Stoffkosten mit den Materialkosten gem. 4.2 der Ö-Norm B2061 gleichzusetzen?

AG: Ja.

AStV: Ja.

VR: Bilden diese Stoffkosten eine Position des Leistungsverzeichnisses?

AG: Nicht ausschließlich.

VR: Worin finden sich diese Stoffkosten im Leistungsverzeichnis? Gibt es dafür eine eigene Position?

AG: Ja, im Leistungsverzeichnis gibt es einige Positionen. Die aber nicht abschließend sind, da dies auch unmöglich wäre.

VR: Sie meinen Positionen über angehängte Regieleistungen?

AG: Unter anderem, ja.

VR: Welche angehängten Regieleistungen fallen im Zuge einer solchen Auftragsabwicklung wie im gegenständlichen Verfahren an?

AG: Einerseits die in Position LG 3690 aufgezählten, andererseits können eben auch andere Stoffkosten anfallen, wie in Schriftsatz vom 03.08.2015 Punkt 1.2. Die sich allenfalls im Laufe des Bauvorhabens ergeben können.

VR: Was sagt die ASt zu diesem Themenkreis?

AStV: Ich verweise auf das bisherige Vorbringen und wiederhole nochmals, dass es eine missverständliche Ausschreibung ist und gemäß den Auslegungsregeln missverständliche Formulierungen zum Nachteil der AG auszufallen haben. Dies insbesondere im Hinblick auf die bisher gelebte Praxis.

AG: Das wird bestritten. Das ist eine Standardvorlage die seit Jahren verwendet wird. Die Bieter füllen das auch aus im Punkt 7.2 und 8.

VR: Wie haben sich die weiteren Bieter im gegenständlichen Verfahren verhalten im Punkt 7.2 und 8.?

AG: Der zweite hat es ausgefüllt.

VR: Nach Einsicht in den Vergabeakt kann festgestellt werden, dass sämtliche anderen Bieter die Positionen 7.2 und 8 ausgefüllt haben.

L1: Hat es Bieteranfragen gegeben? Hat es Fragen zu diesen zwei Punkten gegeben?

AG: Bei der AG selbst hat es keine Bieteranfragen gegeben. Auch nicht bei dem mit der Angebotsprüfung beauftragten Architekturbüro.

[...]

VR an die AG: Wie hat ein Auftragnehmer zu kalkulieren, wenn im Zuge der Auftragsabwicklung weitere nicht im Leistungsverzeichnis aufgezählte Regieleistungen anfallen?

AG: Er hat sich gem. Ö-Norm B2110 an die Preisgrundlagen des Hauptangebots zu richten (Urkalkulation).

VR: In Ihren eigenen Ausschreibungsunterlagen, welche Positionen stellen Ihrer Meinung nach diese Urkalkulationen dar?

AG: Das könnte entweder Punkt 7.2 oder .8 sein, bzw. wenn Kalkulationsformblätter im Vergabeverfahren vorgelegt wurden, eben diese.

VR: Gibt es dazu etwas von der ASt?

AStV: Sind bei Nachtragsangeboten die Angaben in 7.2 und 8 nochmals zu machen?

AG: Die Nachtragsangebote müssen auf der Urkalkulation aufgebaut sein um diese Nachforderungen zu kontrollieren. Der Bieter hat nachzuweisen, dass die Kalkulation auf seinen Angaben von Punkt 7.2 und 8 beruht bzw. auf allfällig vorgelegten K-Blättern. Dies sieht auch Punkt 14.1. der AEB und die Ö-Norm selbst vor.

VR: Gibt es noch weitere Fragen von der ASt?

AStV: Ja, konkret zu Punkt 14.1. Abs. 2. Wieso ein Zusatzangebot nicht nur über den Nachweis der Angemessenheit der Preise begründet werden kann? Und ob der Nachweis der Angemessenheit der Preise sich aus dem ursprünglichen Angebot ergibt. AStV: Ja, konkret zu Punkt 14.1. Absatz 2, Wieso ein Zusatzangebot nicht nur über den Nachweis der Angemessenheit der Preise begründet werden kann? Und ob der Nachweis der Angemessenheit der Preise sich aus dem ursprünglichen Angebot ergibt.

AG: Ausschreibungsgrundlage und somit Kalkulationsgrundlage ist die Ö-Norm B2061. Sowie die Bestimmungen der B2110. Normgemäß gilt, dass Nachträge, also Mehrkostenforderungen in dem Fall, auf Basis der Urkalkulation des Angebotes zu legen sind. Sollte es eine artgleiche Position im LV zum entsprechenden Nachtrag geben, so ist diese Position und die hier dahinterliegende Kalkulation heranzuziehen. Sollte es nur eine ähnliche Position im LV geben, so ist diese Position und die dahinterliegende Kalkulation heranzuziehen. Sollte es keine Position im LV geben, so ist die Urkalkulation heranzuziehen und auf Basis dieser der Nachweis über die Angemessenheit des Preises für diesen einzelnen Nachtrag nachzuweisen. Punkt 14.1. Abs. 2 beschäftigt sich in der Gesamtzusammenschau der Ö-Norm B 2110 mit vorgesehenen Änderungen einer Leistung wobei bereits die Ö-Norm Änderungen einer Leistung in der Form definiert, dass es sich hierbei um Leistungen handelt, die eben nicht im LV vorgesehen waren und daher üblicherweise auch keine Position sich im LV findet die für einen Nachtrag (Mehrkostenforderung) herangezogen werden kann, daher können solch artige Änderungen immer nur durch den Nachweis der Angemessenheit des Preises für diesen Nachtrag auf Basis der Urkalkulation gestellt und vom Auftraggeber überprüft werden. AG: Ausschreibungsgrundlage und somit Kalkulationsgrundlage ist die Ö-Norm B2061. Sowie die Bestimmungen der B2110. Normgemäß gilt, dass Nachträge,

also Mehrkostenforderungen in dem Fall, auf Basis der Urkalkulation des Angebotes zu legen sind. Sollte es eine artgleiche Position im LV zum entsprechenden Nachtrag geben, so ist diese Position und die hier dahinterliegende Kalkulation heranzuziehen. Sollte es nur eine ähnliche Position im LV geben, so ist diese Position und die dahinterliegende Kalkulation heranzuziehen. Sollte es keine Position im LV geben, so ist die Urkalkulation heranzuziehen und auf Basis dieser der Nachweis über die Angemessenheit des Preises für diesen einzelnen Nachtrag nachzuweisen. Punkt 14.1. Absatz 2, beschäftigt sich in der Gesamtzusammenschau der Ö-Norm B 2110 mit vorgesehenen Änderungen einer Leistung wobei bereits die Ö-Norm Änderungen einer Leistung in der Form definiert, dass es sich hierbei um Leistungen handelt, die eben nicht im LV vorgesehen waren und daher üblicherweise auch keine Position sich im LV findet die für einen Nachtrag (Mehrkostenforderung) herangezogen werden kann, daher können solch artige Änderungen immer nur durch den Nachweis der Angemessenheit des Preises für diesen Nachtrag auf Basis der Urkalkulation gestellt und vom Auftraggeber überprüft werden.

VR: Wurde im Zuge der Angebotsöffnung festgehalten, in welcher Position des LV der ASt jetzt konkret zu dieser Lackierung gekommen ist?

AG: Nein, dies wurde nicht verlesen, da sich diese Position mitten im LV findet und nicht jede Seite betrachtet wird.

[...]

VR: Gibt es noch weitere Fragen?

AG: Für alle Zusatzangebote gelten die für den Hauptauftrag vereinbarten Bedingungen gemäß Punkt 14.1 Abs. 4 AEB."AG: Für alle Zusatzangebote gelten die für den Hauptauftrag vereinbarten Bedingungen gemäß Punkt 14.1 Absatz 4, AEB."

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 04.08.2015 wird der folgende entscheidungswesentliche Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin führte unter der Bezeichnung "Dachstuhlverstärkung über Wohnungstrakt, 3500 Krems an der Donau, Kasernenstraße 6-8, Zimmererarbeiten" ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 25 Abs. 4 BVergG mit dem Ziel des Abschlusses eines Vertrages über Bauleistungen im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Die Auftraggeberin hat im Vergabeverfahren den Bietern eine Ausschreibungsunterlage bestehend ausDie Auftraggeberin führte unter der Bezeichnung "Dachstuhlverstärkung über Wohnungstrakt, 3500 Krems an der Donau, Kasernenstraße 6-8, Zimmererarbeiten" ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 4, BVergG mit dem Ziel des Abschlusses eines Vertrages über Bauleistungen im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Die Auftraggeberin hat im Vergabeverfahren den Bietern eine Ausschreibungsunterlage bestehend aus

- -Strichaufzählung
Einladung Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen,
- -Strichaufzählung
Angebotsschreiben,
- -Strichaufzählung
Leistungsverzeichnis,
- -Strichaufzählung
abändernde bzw. ergänzende Bestimmungen (AEB) zur Ö-Norm B 2110:
2013
- -Strichaufzählung
Arbeitsgemeinschaftserklärung,
- -Strichaufzählung
Muster eines Bankgarantiebriefes für Kautions- und Deckungsrücklass,

- -Strichaufzählung
Muster eines Bankgarantiebriefes für Haftungsrücklass,
- -Strichaufzählung
Antrag auf Genehmigung von Subunternehmen,
- -Strichaufzählung
geforderte Eignungsweise,
- -Strichaufzählung
weitere Beilagen: Datenträger CD, 6 Stück Pläne

zur Verfügung gestellt.

Die entscheidungswesentlichen Bestimmungen lauten auszugsweise wie folgt:

"Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen.

[...]

3. Der Bieter muss sein Angebot gemäß §§ 106 bis 111 BVergG 2006 erstellen, sofern die gegenständlichen Angebotsbestimmungen und Vertragsbestandteile keine anderen Bestimmungen enthalten. Ein Angebot gilt nur dann als ausschreibungsgemäß, wenn es auf den Vordrucken des Auftraggebers erstellt wurde. Davon unberührt bleiben die Bestimmungen über die Angebotsabgabe mittels Datenträger. Angebote sind in deutscher Sprache zu erstellen. Preise sind in Euro anzugeben. Fehlerhafte und unvollständige Angebote werden, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, gemäß § 129 BVergG 2006 ausgeschieden. Die Eintragungen des Bieters sind in dunkler, kopierfähiger Farbe vorzunehmen, wobei die Farben rot und grün unzulässig sind. Die Verwendung von Korrekturlack oder Radierungen und dergleichen ist unzulässig. Korrekturen müssen deutlich erkennbar sein und vom Bieter unter Angabe des Datums gesondert unterfertigt werden (Hervorhebung durch BVwG). 3. Der Bieter muss sein Angebot gemäß Paragraphen 106 bis 111 BVergG 2006 erstellen, sofern die gegenständlichen Angebotsbestimmungen und Vertragsbestandteile keine anderen Bestimmungen enthalten. Ein Angebot gilt nur dann als ausschreibungsgemäß, wenn es auf den Vordrucken des Auftraggebers erstellt wurde. Davon unberührt bleiben die Bestimmungen über die Angebotsabgabe mittels Datenträger. Angebote sind in deutscher Sprache zu erstellen. Preise sind in Euro anzugeben. Fehlerhafte und unvollständige Angebote werden, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 ausgeschieden. Die Eintragungen des Bieters sind in dunkler, kopierfähiger Farbe vorzunehmen, wobei die Farben rot und grün unzulässig sind. Die Verwendung von Korrekturlack oder Radierungen und dergleichen ist unzulässig. Korrekturen müssen deutlich erkennbar sein und vom Bieter unter Angabe des Datums gesondert unterfertigt werden (Hervorhebung durch BVwG).

Punkt 6. Vertragsbestandteile des Angebotsschreibens lautet auszugsweise wie folgt:

"Als Vertragsbestandteile gelten in nachstehender Reihenfolge:

- a) die schriftliche Vereinbarung, durch die der Vertrag zustande gekommen ist (das Auftragsschreiben und gegebenenfalls der Gegenbrief ohne Vorbehalte);
- b) die Angebotsbestimmungen des Einladungsschreibens zur Angebotsabgabe und das gegenständliche Angebotsschreiben (ohne Beilagen);
- c) abändernde bzw. ergänzende Bestimmungen (AEB) zur ÖNORM B 2110:2013;
- d) die ÖNORM B 2110:2013, soweit nicht die vorgenannten AEB abweichende Regelungen enthalten;

[...]

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

Die Punkte 7 bis 8 des Angebotsschreibens lauten:

"7. Die Einheits- und Pauschalpreise wurden von mir (uns) gemäß
ÖNORM B 2061 auf folgenden Kalkulationsgrundlagen ermittelt:

7.1. Für Baumeisterarbeiten:

Gemäß den diesem Angebotsschreiben angeschlossenen Kalkulationsformblättern.

7.2 Gilt nur, wenn keine Kalkulationsformblätter anzuschließen sind:

Anteil Lohn

EURO

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

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

%

Bruttomittelohnpreis

Anteil

Sonstiges

Gesamtzuschlag auf die Bruttostoffkosten

%

8. Für angehängte

Regieleistungen werden, soweit hierfür im Leistungsverzeichnis keine Preise vorgesehen sind, verrechnet:

die kollektivvertraglichen Stundenlöhne mit einem Zuschlag von

%

die Stoffkosten mit einem Zuschlag von

%

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

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

Punkt 14. der abändernden bzw. ergänzenden Bestimmungen (AEB) zur ÖNORM B 2110:2013 lautet wie folgt:

"14.1 anstatt Pkt. 7.1, 1. Absatz:

Der AG ist berechtigt, Art, Umfang und Mengen vereinbarter Leistungen zu ändern und/oder zusätzliche Leistungen zu verlangen. Der AN ist zur Ausführung dieser Leistungen verpflichtet, bei zusätzlichen Leistungen nur dann, wenn der Umfang dieser Leistungen 20% der jeweiligen Auftragssumme nicht überschreitet. Über diese Grenze hinaus ist der AN zur Ausführung zusätzlicher Leistungen nur dann verpflichtet, wenn dies dem AN zumutbar ist.

Beeinflusst die vorgesehene Änderung einer Leistung oder der Umstände der Leistungserbringung den vertraglich vereinbarten Preis und/oder werden zusätzliche Leistungen vom AG verlangt und/ oder kommt es zu Mengen- und/oder Massenerhöhungen, so hat der AN vor Inangriffnahme derartiger Leistungen seine Forderungen unter

Beifügung eines ausführlich begründeten Zusatzangebotes (MKF), gegebenenfalls auf Grundlage eines Leistungsverzeichnisses mit einer auf Preisbasis des Hauptauftrages erstellten Kalkulation bzw. Nachweis über die Angemessenheit der Preise schriftlich geltend zu machen. (Hervorhebung durch BVwG)

Die Ansätze der Kalkulation und die Preise des Materialverzeichnisses des Hauptangebotes gelten auch für alle Zusatzangebote (MKF) und ist diesen über Verlangen eine Abschrift der zugehörigen Kalkulation, wenn nötig auch der einschlägigen Positionen des Hauptangebotes beizuschließen.

Für alle Zusatzangebote (MKF) und Zusatzunterlagen gelten für den AN, die für den Hauptauftrag vereinbarten Bedingungen.

[...]"

Position 36 90 des Leistungsverzeichnisses lautet wie folgt:

"36 90 Regieleistungen

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

1. Allgemeines:

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

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

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

2. Mengenänderungen:

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

3. Beschäftigungsgruppen:

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

4. Leistungsumfang/einkalkulierte Leistungen:

Die Einheitspreise für Stoffe gelten frei Baustelle, einschließlich Abladen.

5. Ausmaß- und Abrechnungsregeln:

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

36 90 01 Regiestunden.

36 90 01 A Regiestunden Vorarbeiter

Für Zimmerervorarbeiter.

Lohn:

Sonstiges :

25,00 h Einheitspreis : EUR

36 90 01 B Regiestunden Facharbeiter

Für Zimmererfacharbeiter.

Lohn:

Sonstiges :

25,00 h Einheitspreis : EUR

36 90 01 C Regiestunden Hilfsarbeiter

Für Hilfsarbeiter.

Lohn:

Sonstiges :

100,00 h Einheitspreis : EUR

36 90 02 Bauholz.

36 90 02 A Bretter rau 2,4cm

Bretter rau, besäumt, 2,4 cm dick.

Lohn:

Sonstiges :

100,00 m2 Einheitspreis : EUR

36 90 02 D Latten rau 3x5cm

Latten rau, Querschnitt 3 x 5 cm.

Lohn:

Sonstiges :

300,00 m Einheitspreis : EUR

36 90 02 E Latten rau 5x8cm

Latten rau, Querschnitt 5 x 8 cm.

Lohn:

Sonstiges :

200,00 m Einheitspreis : EUR

36 90 02 F Pfosten rau 5cm

Pfosten rau, 5 cm dick.

Lohn:

Sonstiges :

5,00 m3 Einheitspreis : EUR

36 90 02 G Kantholz rau 8x8-12x12cm

Kantholz rau, handelsübliche Querschnitte 8 x 8 bis 12 x 12 cm.

Lohn:

Sonstiges :

3,00 m3 Einheitspreis : EUR"

Dem Angebotsschreiben der Antragstellerin ist zu entnehmen, dass sie Punkt 7.2 und 8 nicht ausgefüllt hat. Fest steht, dass ausschreibungsgegenständlich keine Baumeisterarbeiten sind, sondern Zimmererarbeiten und dem Angebot keine Kalkulationsformblätter anzuschließen waren. Weder in Position 36 90 des Leistungsverzeichnisses betreffend angehängte Regieleistungen noch sonst im Leistungsverzeichnis ist vorgesehen, dass dort Stoffkostenzuschläge anzugeben sind. Die Aufzählung der angehängten Regieleistungen in Position 36 90 des Leistungsverzeichnisses ist nicht abschließend. Auf Seite 1 des Angebotsschreibens findet sich die Vorgabe, dass der Bieter nur die stark umrandeten Teile auszufüllen hat. Die Felder in Punkt 7.2 und 8 des Angebotsschreibens sind stark umrandet. Auf der letzten Seite des Angebotsschreibens der Antragstellerin findet sich im Punkt 19 bei der Angabe der Firmenbuchnummer eine Lackierung ohne Angabe von Datum und Unterschrift. Im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis der Antragstellerin ist in Position 01 18 14 B eine Lackierung beim Positionspreis ersichtlich, wobei sich auch bei dieser Lackierung keine Angabe von Datum oder Unterschrift findet. Die überlackierte ursprüngliche Angabe ist in Folge der Verwendung von Korrekturlack nicht mehr erkennbar.

Die von der Auftraggeberin durchgeführten Prüfschritte sind im Prüfbericht, dem Vergabevermerk und den Beilagen dazu dokumentiert und für den erkennenden Senat plausibel und nachvollziehbar.

Der Umstand, dass sich im Angebot der Antragstellerin Lackierungen ohne Angabe von Datum und Unterschrift finden, wurde im Zuge der Angebotsöffnung nicht festgestellt und auch nicht dokumentiert.

Dem Vergabeakt ist zu entnehmen, dass die weiteren 4 Bieter die Positionen 7.2 und 8 des Angebotsschreibens ausgefüllt haben.

Mit dem per Telefax übermittelten Schreiben vom 06.07.2015, bei der Antragstellerin am 08.07.2015 eingelangt, teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit: "[...] dass Ihr Angebot bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden konnte, da es leider auszuschneiden war. Sie haben in ihrem Angebotsschreiben die Punkte 7.2 und 8 nicht ausgefüllt. Darin liegt nach der Rechtsprechung ein unbehebbarer Mangel (vgl. BVA 08.08.2012, N/0066-BVA/08/2012-54). Ihr Angebot musste daher ohne Gewährung einer diesbezüglichen Verbesserungsmöglichkeit gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG zwingend ausgeschieden werden." Mit dem per Telefax übermittelten Schreiben vom 06.07.2015, bei der Antragstellerin am 08.07.2015 eingelangt, teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit: "[...] dass Ihr Angebot bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden konnte, da es leider auszuschneiden war. Sie haben in ihrem Angebotsschreiben die Punkte 7.2 und 8 nicht ausgefüllt. Darin liegt nach der Rechtsprechung ein unbehebbarer Mangel (vergleiche BVA 08.08.2012, N/0066-BVA/08/2012-54). Ihr Angebot musste daher ohne Gewährung einer diesbezüglichen Verbesserungsmöglichkeit gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zwingend ausgeschieden werden."

Mit Schreiben vom 09.07.2015 und somit nach Angebotsöffnung am 30.06.2015 übermittelte die Antragstellerin durch ihren Rechtsvertreter eine Kopie der Seite 4 des Angebotsschreibens in welcher die Punkte 7.2 und 8 ausgefüllt worden sind.

Fristgerecht wurde von der Antragstellerin der gegenständliche Nachprüfungsantrag eingebracht und die Pauschalgebühren bezahlt.

Nach Auskunft der Auftraggeberin wurde das gegenständliche Vergabeverfahren nicht widerrufen und auch der Zuschlag nicht erteilt.

Für den erkennenden Senat steht fest, dass gemäß den Angebotsbestimmungen die Punkte 7.2 und 8 des Angebotsschreibens zwingend auszufüllen waren und die unterlassene Ausfüllung dieser Punkte einen zwingenden Ausscheidungsgrund darstellt, wobei dieser Mangel keiner Verbesserung zugänglich ist. Fest steht auch, dass die angehängten Regieleistungen gem. Position 36 90 des Leistungsverzeichnisses nicht abschließend sind.

Auf Basis des Inhaltes des, einen Teil des Angebots der Antragstellerin bildenden Leistungsverzeichnisses, steht für den erkennenden Senat im Sinne des § 107 Abs. 4 BVergG nicht zweifelsfrei fest, dass die Korrektur im Angebot (Leistungsverzeichnis) der Antragstellerin vor Angebotsabgabe erfolgt sind. Auf Basis des Inhaltes des, einen Teil des Angebots der Antragstellerin bildenden Leistungsverzeichnisses, steht für den erkennenden Senat im Sinne des Paragraph 107, Absatz 4, BVergG nicht zweifelsfrei fest, dass die Korrektur im Angebot (Leistungsverzeichnis) der Antragstellerin vor Angebotsabgabe erfolgt sind.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes GZ W138 2110661-1/2E vom 17.07.2015 wurde die beantragte einstweilige Verfügung abgewiesen.

2. Beweiswürdigung:

Die oben getroffenen Feststellungen ergeben sich schlüssig aus den vorgelegten Verfahrensunterlagen des bei der Auftraggeberin geführten Vergabeverfahrens. Bei der Beweiswürdigung habe 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.

Nach dem Vorbringen der Antragstellerin seien die im Angebot festgestellten Korrekturen mittels Korrekturlack vor Angebotsabgabe von der Antragstellerin ausgeführt worden.

Auf Grund der eindeutigen Formulierung des § 107 Abs. 4 BVergG, wonach "[...] Korrekturen von Bieterangaben müssen eindeutig und klar sein und so durchgeführt werden, dass zweifelsfrei feststeht, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt ist. Sie müssen unter Angabe des Datums durch rechtsgültige Unterschrift bestätigt werden." ist für die Antragstellerin aus ihren Ausführungen hinsichtlich des angeblichen Zeitpunktes der Korrekturen nichts zu gewinnen und sind diese Aussagen keiner weiteren Beweiswürdigung zu unterziehen. Auf Grund der eindeutigen Formulierung des Paragraph 107, Absatz 4, BVergG, wonach "[...] Korrekturen von Bieterangaben müssen eindeutig und klar sein und so durchgeführt werden, dass zweifelsfrei feststeht, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt ist. Sie müssen unter Angabe des Datums durch rechtsgültige Unterschrift bestätigt werden." ist für die Antragstellerin aus ihren Ausführungen hinsichtlich des angeblichen Zeitpunktes der Korrekturen nichts zu gewinnen und sind diese Aussagen keiner weiteren Beweiswürdigung zu unterziehen.

Dies deshalb, weil einzig entscheidungswesentlich und ausschlaggebend der sich aus dem Leistungsverzeichnis der Antragstellerin eindeutig ergebende und von keiner der Parteien bestrittene Umstand ist, dass es eine Korrektur im Leistungsverzeichnis der Antragstellerin mittels Korrekturlack gegeben hat und dass diese Korrektur nicht unter Angabe des Datums durch rechtsgültige Unterschrift bestätigt worden ist.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung wurde von den Parteien außer Streit gestellt, dass es sich bei den Stoffkosten in Punkt 8 des Angebotsschreibens um Kosten für sämtliche Materialien handelt, die bei Bauvorhaben zur Ausführung gelangen können.

Ebenso wurde außer Streit gestellt, dass die Stoffkosten gemäß Punkt 8 des Angebotsschreibens mit den Materialkosten gemäß Punkt 4.2 der Ö-Norm B 2061 gleichzusetzen sind.

Von der Auftraggeberin wurde im Zuge der mündlichen Verhandlung auf Frage des vorsitzenden Richters, welche angehängten Regieleistungen im Zuge einer solchen Auftragsabwicklung, wie im gegenständlichen Fall, anfallen können, ausgeführt, dass einerseits die in Position des Leistungsverzeichnisses 36 90 aufgezählten, andererseits eben auch andere Stoffkosten anfallen könnten, wie im Schriftsatz vom 03.08.2015 Punkt 1.2 ausgeführt. Auf die Frage des vorsitzenden Richters, ob die Antragstellerin etwas zu diesem Themenkreis auszuführen habe, wurde von dieser auf deren bisheriges Vorbringen verwiesen. Der Umstand, dass im Zuge der Auftragsabwicklung über die im Leistungsverzeichnis aufgezählten Regieleistungen hinaus, weitere andere anfallen können, wurde nicht ausdrücklich bestritten.

Für den erkennenden Senat ist nachvollziehbar und plausibel, sowie mit der allgemeinen Lebenserfahrung in Übereinstimmung stehend, dass im Zuge der Auftragsdurchführung auch andere, im Leistungsverzeichnis nicht genannte, angehängte Regieleistungen anfallen können, für welche eine Abrechnungsgrundlage erforderlich ist.

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 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 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 kundgemacht 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 kundgemacht 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.

Zu Spruchpunkt A)

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gem. § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (ständige Rechtsprechung z. B. BVA 08.08.2012, N/0066-BVA/08/2012-54; N/0062-BVA/10/2013-28; BVwG vom 30.04.2015, W138 2004928-1/22E u.a.). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gem. § 4 BVergG. Der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer liegt unter dem Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs. 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gem. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (ständige Rechtsprechung z. B. BVA 08.08.2012, N/0066-BVA/08/2012-54; N/0062-BVA/10/2013-28; BVwG vom 30.04.2015, W138 2004928-1/22E u.a.). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gem. Paragraph 4, BVergG. Der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer liegt unter dem Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz 3, BVergG ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

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

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gem. § 312 Abs. 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gem. Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

2. Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag langte am 15.07.2015 per webERV im Bundesverwaltungsgericht ein. Die Auftraggeberin gab die angefochtenen Entscheidungen der Antragstellerin am 08.07.2015 per Telefax bekannt. Die Frist zur Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages endete daher am 15.07.2015 24:00 Uhr. Der Nachprüfungsantrag vom 15.07.2015 ist daher rechtzeitig.

Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG zukommen. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. cc 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. Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG zukommen. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, c, c, 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.

3. Inhaltliche Beurteilung

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). Dem Bundesverwaltungsgericht ist es daher auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; für viele ua BVA 08.02.2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN). Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde und sohin Bestandskraft erlangt hat und in Folge dessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen 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 (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 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, § 2 Z 3 Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; BVA 14. 06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua)Die 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/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).

Zur unzulässigen Verwendung von Korrekturlack ohne Datumsangabe und bestätigender Unterschrift

Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass es entgegen der Rechtsansicht der Antragstellerin zulässig ist, einen weiteren Ausscheidensgrund für die Begründung der Ausscheidensentscheidung heranzuziehen, sofern es, wie gegenständlich, konkrete Einwände der Auftraggeberin gibt. Nur weil es die Auftraggeberin vorerst unterlassen hat den zusätzlichen Ausscheidensgrund in der Ausscheidensentscheidung zu benennen, wird das Angebot der Antragstellerin nicht zu einem, dem der Zuschlag erteilt werden könnte (vgl. VwGH 12.05.2007, 2007/04/0012).Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass es entgegen der Rechtsansicht der Antragstellerin zulässig ist, einen weiteren Ausscheidensgrund für die Begründung der Ausscheidensentscheidung heranzuziehen, sofern es, wie gegenständlich, konkrete Einwände der Auftraggeberin gibt. Nur weil es die Auftraggeberin vorerst unterlassen hat den zusätzlichen Ausscheidensgrund in der Ausscheidensentscheidung zu benennen, wird das Angebot der Antragstellerin nicht zu einem, dem der Zuschlag erteilt werden könnte vergleiche VwGH 12.05.2007, 2007/04/0012).

Die Prüfung der Frage, ob die Vorgabe der Ausschreibung hinsichtlich der unzulässigen Verwendung von Korrekturlack, welche über die gesetzlichen Anforderungen an die Form von Angeboten gemäß § 107 Abs. 4 BVergG hinausgeht (siehe Seite 4 der Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen)Die Prüfung der Frage, ob die Vorgabe der Ausschreibung hinsichtlich der unzulässigen Verwendung von Korrekturlack, welche über die gesetzlichen Anforderungen an die Form von Angeboten gemäß Paragraph 107, Absatz 4, BVergG hinausgeht (siehe Seite 4 der Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen)

"3. Der Bieter muss sein Angebot gemäß §§ 106 bis 111 BVergG 2006 erstellen, sofern die gegenständlichen Angebotsbestimmungen und Vertragsbestandteile keine anderen Bestimmungen enthalten."3. Der Bieter muss sein

Angebot gemäß Paragraphen 106 bis 111 BVergG 2006 erstellen, sofern die gegenständlichen Angebotsbestimmungen und Vertragsbestandteile keine anderen Bestimmungen enthalten.

Ein Angebot gilt nur dann als ausschreibungsgemäß, wenn es auf den Vordrucken des Auf-traggebers erstellt wurde. Davon unberührt bleiben die Bestimmungen über die Angebotsabgabe mittels Datenträger. Angebote sind in deutscher Sprache zu erstellen. Preise sind in Euro anzugeben. Fehlerhafte und unvollständige Angebote werden, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, gemäß § 129 BVergG 2006 ausgeschieden. Ein Angebot gilt nur dann als ausschreibungsgemäß, wenn es auf den Vordrucken des Auf-traggebers erstellt wurde. Davon unberührt bleiben die Bestimmungen über die Angebotsabgabe mittels Datenträger. Angebote sind in deutscher Sprache zu erstellen. Preise sind in Euro anzugeben. Fehlerhafte und unvollständige Angebote werden, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 ausgeschieden.

Die Eintragungen des Bieters sind in dunkler, kopierfähiger Farbe vorzunehmen, wobei die Farben rot und grün unzulässig sind. Die Verwendung von Korrekturlack oder Radierungen und dergleichen ist unzulässig. Korrekturen müssen deutlich erkennbar sein und vom Bieter unter Angabe des Datums gesondert unterfertigt werden. (Hervorhebung durch BVwG) [...]"

vergaberechtswidrig ist, kann im vorliegenden Fall dahinstehen, da die Frist zur Anfechtung der Ausschreibung gem. § 321 Abs. 4 BVergG bereits abgelaufen ist und somit die seitens der Auftraggeberin aufgestellten Ausschreibungsbedingungen unangreifbar geworden sind. vergaberechtswidrig ist, kann im vorliegenden Fall dahinstehen, da die Frist zur Anfechtung der Ausschreibung gem. Paragraph 321, Absatz 4, BVergG bereits abgelaufen ist und somit die seitens der Auftraggeberin aufgestellten Ausschreibungsbedingungen unangreifbar geworden sind.

Wie bereits an obiger Stelle ausgeführt, sind nach den allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Wie bereits an obiger Stelle ausgeführt, sind nach den allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren.

Unter Zugrundelegung des gebotenen objektiven Interpretationsmaßstabes der mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen nachfolgenden Festlegungen der Ausschreibung

"[...] Die Verwendung von Korrekturlack oder Radierungen und dergleichen ist unzulässig. Korrekturen müssen deutlich erkennbar sein und vom Bieter unter Angabe des Datums gesondert unterfertigt werden. [...]"

ergibt deren objektiver Erklärungswert nach Ansicht des erkennenden Senates eindeutig, dass Korrekturen im Angebot keinesfalls mittels Korrekturlack vorgenommen werden dürfen und zwingend unter Angabe des Datums gesondert unterfertigt sein müssen.

Bei den unstrittigen Korrekturen im Angebot der Antragstellerin wurden von dieser keine der diesbezüglichen bestandfesten Vorgaben eingehalten. Für einen fachkundigen Bieter war klar erkennbar, dass bereits auf Grund der Formulierung "[...]ist unzulässig[...]" eine Verbesserung des Angebotes selbst, im gegenständlichen Verfahren nach Angebotsöffnung, keinesfalls zulässig ist. Diesbezüglich ist auf die Bestimmung des § 118 Abs. 4 BVergG zu verweisen, dass alle bei der Öffnung der Angebote vorliegenden Teile während der Angebotsöffnung so zu kennzeichnen sind, dass ein nachträglicher Austausch feststellbar wäre. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist gerade zu verhindern, dass nachträglich Teile des Angebots ausgetauscht oder ergänzt werden dürfen. Diese Bestimmung ist zwingend und sichert auch diese, wie § 107 Abs. 4 BVergG, auf welche nachfolgend noch näher eingegangen wird, das Transparenzgebot und das Gebot des fairen Wettbewerbes. Ein Austausch jener Seite des Leistungsverzeichnisses, auf welcher sich unzulässiger Weise die Korrektur mittels Korrekturlack und ohne Datumsangabe unter Beifügung der bestätigenden Unterschrift findet, bzw. eine nachträgliche Vorlage der Seite des Leistungsverzeichnisses ohne Korrekturen, würde den allgemeinen Grundsätzen bezüglich der Unveränderlichkeit von Angeboten im nicht offenen Verfahren und auch der zwingenden Bestimmung des § 118 Abs. 4 BVergG widersprechen. Bei den unstrittigen Korrekturen im Angebot der Antragstellerin wurden von dieser keine der diesbezüglichen bestandfesten Vorgaben eingehalten. Für einen fachkundigen Bieter war klar erkennbar, dass bereits auf Grund der Formulierung "[...]ist unzulässig[...]" eine Verbesserung des Angebotes selbst, im gegenständlichen Verfahren nach Angebotsöffnung, keinesfalls zulässig ist. Diesbezüglich ist auf die Bestimmung des Paragraph 118, Absatz 4, BVergG zu verweisen, dass alle bei der Öffnung der

Angebote vorliegenden Teile während der Angebotsöffnung so zu kennzeichnen sind, dass ein nachträglicher Austausch feststellbar wäre. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist gerade zu verhindern, dass nachträglich Teile des Angebots ausgetauscht oder ergänzt werden dürfen. Diese Bestimmung ist zwingend und sichert auch diese, wie Paragraph 107, Absatz 4, BVergG, auf welche nachfolgend noch näher eingegangen wird, das Transparenzgebot und das Gebot des fairen Wettbewerbes. Ein Austausch jener Seite des Leistungsverzeichnisses, auf welcher sich unzulässiger Weise die Korrektur mittels Korrekturlack und ohne Datumsangabe unter Beifügung der bestätigenden Unterschrift findet, bzw. eine nachträgliche Vorlage der Seite des Leistungsverzeichnisses ohne Korrekturen, würde den allgemeinen Grundsätzen bezüglich der Unveränderlichkeit von Angeboten im nicht offenen Verfahren und auch der zwingenden Bestimmung des Paragraph 118, Absatz 4, BVergG widersprechen.

Der erkennende Senat teilt die rechtlichen Überlegungen im Bescheid des BVA vom 26.07.2007, N/0064-BVA/14/2007-26 nicht, zumal in der Begründung dieses Bescheids ohne nähere Begründung vom eindeutigen Wortlaut des § 107 Abs. 4 BVergG abgewichen wird und die zwingende Forderung des § 107 Abs. 4 BVergG, dass "[...] zweifelfrei feststeht, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt ist." [...] dahingehend auslegt wird, dass diese Feststellung nicht nur auf Basis des Inhaltes des Angebots, sondern auch durch die Einvernahmen von beteiligten Personen getroffen werden könne und einen Verstoß gegen die zwingenden Vorgaben des § 107 Abs. 4 BVergG ohne nähere Begründung als unerheblich einstuft. Der erkennende Senat teilt die rechtlichen Überlegungen im Bescheid des BVA vom 26.07.2007, N/0064-BVA/14/2007-26 nicht, zumal in der Begründung dieses Bescheids ohne nähere Begründung vom eindeutigen Wortlaut des Paragraph 107, Absatz 4, BVergG abgewichen wird und die zwingende Forderung des Paragraph 107, Absatz 4, BVergG, dass "[...] zweifelfrei feststeht, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt ist." [...] dahingehend auslegt wird, dass diese Feststellung nicht nur auf Basis des Inhaltes des Angebots, sondern auch durch die Einvernahmen von beteiligten Personen getroffen werden könne und einen Verstoß gegen die zwingenden Vorgaben des Paragraph 107, Absatz 4, BVergG ohne nähere Begründung als unerheblich einstuft.

Der erkennende Senat geht jedenfalls davon aus, dass die Bestimmung des § 107 Abs. 4 BVergG dahingehend zu interpretieren ist, dass sich aus dem Inhalt des Angebots selbst zweifelsfrei ergeben muss, dass Korrekturen vor Angebotsabgabe erfolgt sind. Die zweifelsfreie Feststellung der Korrekturen vor Angebotsöffnung kann gegenständlich weder aus dem Inhalt des Angebots, noch aus dem "Angebots-Eingangsverzeichnis und Niederschrift zur Angebotsöffnung" geschlossen werden, zumal bei der Angebotsöffnung die Korrektur im Angebot nicht festgehalten wurde (vgl. Feststellungen). Der erkennende Senat geht jedenfalls davon aus, dass die Bestimmung des Paragraph 107, Absatz 4, BVergG dahingehend zu interpretieren ist, dass sich aus dem Inhalt des Angebots selbst zweifelsfrei ergeben muss, dass Korrekturen vor Angebotsabgabe erfolgt sind. Die zweifelsfreie Feststellung der Korrekturen vor Angebotsöffnung kann gegenständlich weder aus dem Inhalt des Angebots, noch aus dem "Angebots-Eingangsverzeichnis und Niederschrift zur Angebotsöffnung" geschlossen werden, zumal bei der Angebotsöffnung die Korrektur im Angebot nicht festgehalten wurde (vergleiche Feststellungen).

"Dieser Aspekt lässt für das Vergabeverfahren keine nachträgliche Interpretation im Sinne der §§ 914ff ABGB zu. Damit wird der Gefahr von nachträglichen Änderungen von Leistung bzw. Preis von vornherein ein Riegel vorgeschoben. Nur eindeutige Änderungen bzw. Korrekturen im Angebot tragen dem Grundsatz der weitgehenden Vermeidung mehrdeutiger und damit nicht vergleichbarer Angebote Rechnung." Dieser Aspekt lässt für das Vergabeverfahren keine nachträgliche Interpretation im Sinne der Paragraphen 914 f, f, ABGB zu. Damit wird der Gefahr von nachträglichen Änderungen von Leistung bzw. Preis von vornherein ein Riegel vorgeschoben. Nur eindeutige Änderungen bzw. Korrekturen im Angebot tragen dem Grundsatz der weitgehenden Vermeidung mehrdeutiger und damit nicht vergleichbarer Angebote Rechnung.

Ein weiterer Aspekt beinhaltet die eindeutige Zuweisung jeder Korrektur zum Bieter und dass diese bereits vor Angebotseröffnung durchgeführt wurde. Dazu dient die Bestätigung der Korrektur durch Unterschrift und Datum. Die Bindungswirkung an die Korrektur wird dadurch unstrittig und die Möglichkeit der nachträglichen Manipulation soll dadurch weitgehend ausgeschlossen werden.

Angebote mit zweifelhaften Änderungen, das sind insbesondere solche, bei welchen die Formvorschriften an die Korrektur nicht eingehalten wurden, sind in die Angebotsbewertung nicht weiter einzubeziehen. Für diese harte Interpretation spricht der Schutz des Auftraggebers vor Verdächtigungen einer nachträglichen Angebotsmanipulation und die undeutliche, weil zweifelhafte, Äußerung des Bieters". (KROPIK, Mängel in Angebote für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit 2. Auflage Seite 214 f.).

"Angebote sind von Bietern manipulationssicher auszuführen. Die Veränderungen müssen, zur Vermeidung von Manipulationen, bemerkbar und nachvollziehbar sein. Der böse Anschein der Manipulation ist nur durch die ordnungsgemäß bestätigte Korrektur (mit Datum und Unterschrift) vermeidbar.

Korrekturen im Angebot dürfen vom Bieter nur vor Angebotsabgabe vorgenommen werden und sind jeweils mit Datum (der Korrekturvornahme) und rechtsgültige Unterschrift zu bestätigen. Die Nichteinhaltung dieser gesetzlichen Formvorschrift bewirkt, dass der Nachweis sowie die Nachvollziehbarkeit fehlt, dass die Korrektur vor Angebotsabgabe bzw. durch den Bieter erfolgt ist, sodass ein nicht formentsprechendes korrigiertes Angebot nicht zuschlagsfähig bzw. mit einem unbehebbarsten Mangel behaftet ist" (G. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 107 Rz 18 ff.)

Dies ist gegenständlich gerade der Fall. Der erkennende Senat geht davon aus, dass mit der zwingend formulierten Bestimmung des § 107 Abs. 4 BVergG aufwendige Beweisverfahren über den Zeitpunkt von Korrekturen vermieden werden sollen und die Beurteilung des Zeitpunktes von Korrekturen aus dem Angebot selbst möglich sein muss. An dieser Beurteilung des erkennenden Senats ändert auch der von der Antragstellerin thematisiert Umstand nichts, dass sich im gegenständlichen Fall der Gesamtpreis nicht ändert, sondern lediglich der Positionspreis ohne Änderung des Einheitspreises korrigiert wurde. Die Bestimmung des § 107 BVergG in Verbindung mit Punkt 3 der Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen soll den Auftraggeber vor dem Vorwurf einer möglichen Manipulation des Angebots nach Angebotsöffnung schützen.

Nach Ansicht des erkennenden Senats lässt die Interpretation des § 107 BVergG keinen Schluss dahingehend zu, dass es auf die Anzahl von Korrekturen bzw. deren direkte Auswirkungen auf den Gesamtpreis ankommt.

Obiges vorausgeschickt und zusammengefasst, handelt sich somit bei der unzulässigen Verwendung von Korrekturlack ohne Datumsangabe und bestätigender Unterschrift um ein den gesetzlichen Vorgaben und den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, welches keiner Verbesserung zugänglich ist.

§ 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.

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. Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sind keiner Verbesserung

zugänglich. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen sind daher ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach § 126 BVergG auszuscheiden. 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. Nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuscheiden. 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 Paragraph 126, BVergG auszuscheiden. 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 Übermittlung und Ausarbeitung eines Angebotes ohne Korrekturen mehr Zeit zur Verfügung hat, als die anderen Bieter, die das Angebot ohne Korrekturen abgegeben haben und damit einen Wettbewerbsvorteil erlangen würde (vgl. VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186 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 Übermittlung und Ausarbeitung eines Angebotes ohne Korrekturen mehr Zeit zur Verfügung hat, als die anderen Bieter, die das Angebot ohne Korrekturen abgegeben haben und damit einen Wettbewerbsvorteil erlangen würde (vergleiche VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186 unter Heranziehung der von Aicher entwickelten Formel).

Der erkennende Senat sieht sich auf Basis der Feststellungen nicht veranlasst von der im Erkenntnis des BVwG 23.06.2015, W138 2107225-2/17E ausgesprochenen Beurteilung von Korrekturen im Angebot unter Verwendung von Korrekturlack ohne Datumsangabe und bestätigender Unterschrift abzuweichen.

Dies bedeutet zusammengefasst, dass gemäß den bestandfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen und den gesetzlichen Forderungen des § 107 Abs. 4 BVergG ein den Ausschreibungsbedingungen nicht widersprechendes Angebot nur dann vorliegt, wenn das Angebot ohne Verwendung von Korrekturlack unter Datumsangabe und bestätigender Unterschrift erstellt worden wäre. Die Verwendung von Korrekturlack ohne Datumsangabe und bestätigender Unterschrift entgegen den bestandfesten Vorgaben der Ausschreibung und der Bestimmung des § 107 Abs. 4 BVergG führt daher zum zwingenden Ausscheiden des Angebots ohne Verbesserungsmöglichkeit, sodass die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin gem. § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG zu Recht erfolgte. Dies bedeutet zusammengefasst, dass gemäß den bestandfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen und den gesetzlichen Forderungen des Paragraph 107, Absatz 4, BVergG ein den Ausschreibungsbedingungen nicht widersprechendes Angebot nur dann vorliegt, wenn das Angebot ohne Verwendung von Korrekturlack unter Datumsangabe und bestätigender Unterschrift erstellt worden wäre. Die Verwendung von Korrekturlack ohne Datumsangabe und bestätigender Unterschrift entgegen den bestandfesten Vorgaben der Ausschreibung und der Bestimmung des Paragraph 107, Absatz 4, BVergG führt daher zum zwingenden Ausscheiden des Angebots ohne Verbesserungsmöglichkeit, sodass die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zu Recht erfolgte.

Zum Unterlassenen Ausfüllen der Punkte 7.2 und 8 des Angebotsschreibens

Hinsichtlich der Judikatur zur Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen wird auf die Ausführungen an obiger Stelle des gegenständlichen Erkenntnisses verwiesen.

Nach den allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Nach

den allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB sind die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren.

Unter Zugrundelegung des gebotenen objektiven Interpretationsmaßstabes der mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen, in den Feststellungen des gegenständlichen Erkenntnisses wiedergegebenen Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen (Punkt 7 bis 8 des Angebotsschreibens) ergibt der objektive Erklärungswert dieser Bestimmungen nach Ansicht des erkennenden Senates eindeutig, dass lediglich bei der Ausführung von Baumeisterarbeiten die Kalkulation der Einheits- und Pauschalpreise gemäß Ö-Norm B 2061 auf Basis der dem Angebotsschreiben angeschlossenen Kalkulationsformblättern zu erfolgen hat. Wie festgestellt, sind auftragsgegenständlich nicht Baumeisterarbeiten, sondern Zimmererarbeiten. Da in diesem Falle gemäß Punkt 7.1 in Verbindung mit Punkt 7.2 des Angebotsschreibens keine Kalkulationsformblätter anzuschließen sind, hat der Bieter die geforderten Angaben in Punkt 7.2 und 8 des Angebotsschreibens zu machen. Dies ergibt sich auch daraus, dass auf Seite 1 des Angebotsschreibens angeführt ist, dass vom Bieter nur die stark umrandeten Teile auszufüllen sind, wobei dem Angebotsschreiben zu entnehmen ist, dass die in Punkt 7.2 und 8 des Angebotsschreibens zu befüllenden Felder stark umrandet sind. Diese Interpretation der Ausschreibungsunterlagen wird auch dadurch untermauert, dass sämtliche anderen Bieter die Punkte 7.2 und 8 ausgefüllt haben.

Nach Ansicht des erkennenden Senates ist die Vorgabe in Punkt 8 des Angebotsschreibens: "Für angehängte Regieleistungen werden, soweit hierfür im Leistungsverzeichnis keine Preise vorgesehen sind; verrechnet:" eben dahingehend zu verstehen, dass die in Punkt 8 vom Bieter anzugebenden Zuschläge dann verrechnet werden, wenn in Position 36 90 des Leistungsverzeichnisses zwar einzelne Regieleistungen, aber keine adäquaten, angeführt sind. Einem fachkundigen Bieter musste aufgrund dieser Vorgabe klar sein, dass diese Positionen auszufüllen sind, zumal es sich bei den im Leistungsverzeichnis angeführten angehängten Regieleistungen um keine abschließende Aufzählung handeln kann, zumal im Zuge der Auftragsdurchführung nachvollziehbarerweise weitere Leistungen anfallen können.

Dieser Umstand war der Antragstellerin selbst bewusst, zumal sie in anderen Ausschreibungen der Auftraggeberin dieser angehängte Regieleistungen verrechnet hat, welche nicht in den jeweiligen Leistungsverzeichnissen enthalten waren. Dieser Umstand wurde von der Antragstellerin auch nicht bestritten. Nach Ansicht des erkennenden Senates kann Punkt 14.1 2. Absatz der AEB zur Ö-Norm B2110:2013 nur dahingehend verstanden werden, dass im Falle von angehängten Regieleistungen die Mehrkostenforderungen des Bieters auf Grundlage eines Leistungsverzeichnisses mit einer auf Preisbasis des Hauptauftrages erstellten Kalkulation geltend zu machen sind. Gegenständlich spiegelt sich die Kalkulation des Hauptauftrages in den von den Bietern anzugebenden Positionen der Punkte 7.2 und 8 des Angebotsschreibens wider. Für den erkennenden Senat steht somit aufgrund einer objektiven Interpretation der Ausschreibungsunterlagen fest, dass die Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren zwingend die Angaben gemäß Punkt 7.2 und 8 des Angebotsschreibens zu machen hatten, damit im Falle von angehängten Regieleistungen im Zuge der Auftragsabwicklung, welche nicht im Leistungsverzeichnis angeführt sind, die Mehrkostenforderungen auf Basis der Urkalkulation des Angebotes in Punkt 7.2 und 8 des Angebotsschreibens von der Auftraggeberin überprüft werden können. Der gegenständlich zu beurteilende Sachverhalt ist auch nicht mit jenem in den Entscheidungen des BVA 20.03.2003, 12N-10/03-11 und BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30 vergleichbar, da es nicht um den Nachweis der Kalkulation für im Leistungsverzeichnis angebotene und damit feststehende Leistungen geht. Im gegenständlichen Fall geht es um die Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen für nicht im Leistungsverzeichnis angeführte angeschlossene Regieleistungen.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die Bestimmung des Punktes 7.4.2 der Ö-Norm B2110:2013 zu verweisen, gemäß welcher die Ermittlung der neuen Preise bei angehängten Regieleistungen auf Preisbasis des Vertrages und soweit möglich unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten (Preisgrundlagen des Angebotes) sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages zu erfolgen hat. Dieser Bestimmung ist zu entnehmen, dass vorrangig bei angehängten Regieleistungen die Preisgrundlagen des Angebotes, gegenständlich die Punkte 7.2 und 8 des Angebotsschreibens für die Ermittlung der Preise zu verwenden ist.

Für die Antragstellerin ist nichts daraus zu gewinnen, wenn sie darauf verweist, dass die Antragstellerin in anderen Ausschreibungen der Auftraggeberin die Punkte 7.2 und 8 des Angebotsschreibens ebenso nicht ausgefüllt hat und nicht ausgeschieden wurde bzw. in einem Fall den Zuschlag erhalten hat.

Ausschreibungsunterlagen sind, wie an obiger Stelle ausgeführt, nach dem objektiven Erklärungswert zu

interpretieren. Es kommt nicht auf die subjektive Sichtweise des Auftraggebers oder der Antragstellerin an. Auch kann die Antragstellerin aus einer allfälligen vormaligen Missachtung der eigenen Ausschreibungsvorgaben durch die Auftraggeberin nicht ableiten, dass die rechtswidrige Vorgehensweise auch in weiteren Vergabeverfahren anzuwenden wäre.

Das Vorliegen von Ausscheidungsgründen ist objektiv zu beurteilen und kann aus dem Umstand, dass ein Auftraggeber einen Ausscheidungsgrund nicht für die Begründung der Ausscheidensentscheidung heranzieht, auf ein auszuschheidendes Angebot nicht der Zuschlag erteilt werden.

Nachdem für den erkennenden Senat der objektive Erklärungswert der entscheidungswesentlichen Bestimmungen der Ausschreibung sich eindeutig aus den Formulierungen der Ausschreibungsbestimmungen ergibt, ist auch kein Raum für die Anwendung der Zweifelsregel des § 915 ABGB. Nachdem für den erkennenden Senat der objektive Erklärungswert der entscheidungswesentlichen Bestimmungen der Ausschreibung sich eindeutig aus den Formulierungen der Ausschreibungsbestimmungen ergibt, ist auch kein Raum für die Anwendung der Zweifelsregel des Paragraph 915, ABGB.

Für den erkennenden Senat steht somit fest, dass das Angebot der Antragstellerin in Folge des Nichtausfüllens der Punkte 7.2 und 8 des Angebotsschreibens mit einem Mangel behaftet ist.

In weiterer Folge ist nunmehr zu klären, ob dieser festgestellte Mangel des Angebots behebbbar oder unbehebbar ist.

Weder in Position 36 90 des Leistungsverzeichnisses betreffend angehängte Regieleistungen noch sonst im Leistungsverzeichnis ist vorgesehen, dass dort Stoffkostenzuschläge anzugeben wären. Im Zuge der mündlichen Verhandlung am 04.08.2015 wurde von den Parteien außer Streit gestellt, dass es sich bei dem Stoffkostenzuschlag laut Punkt 8 des Angebotsschreibens um die in Punkt 4.2 der Ö-Norm B 2061 genannten Kosten handelt. Vor dem Hintergrund der Definition in Punkt 4.2 der Ö-Norm B 2061 steht fest, dass die Auftraggeberin in Punkt 8 des Angebotsschreibens jenen prozentuellen Zuschlag abfragen wollte, der bieterseitig als Abrechnungsgrundlage dienen würde, wenn bei angehängten Regieleistungen Stoffkosten im Sinne der Ö-Norm B 2061 anfallen. Fallen daher bei Auftragerfüllung mit anderen Worten Stoffkosten an, ist für die Auftraggeberin aus der Angabe in Punkt 8 des Angebotsschreibens ersichtlich, wieviel ein zukünftiger Auftragnehmer auf die von ihm in Zusammenhang mit den angehängten Regieleistungen anfallenden Stoffkosten auf seine Einkaufspreise der betreffenden Stoffe aufschlagen würde. Für einen Bieter, der den prozentuellen Stoffkostenzuschlag laut Punkt 8 des Angebotsschreibens bis nach der Angebotsöffnung nicht angegeben hat, besteht damit nach Angebotsöffnung und in Kenntnismöglichkeit der sonst verlesenen Angebotspreise die Möglichkeit, sein Entgelt, wenn auch abhängig von bedingt anfallenden Stoffkosten zu erhöhen, falls er als Bestbieter ermittelt würde, während ein sich ausschreibungskonform verhaltender Bieter sich bereits bei Angebotsabgabe festlegt, welchen Zuschlag er zur Anwendung bringen will.

Fest steht, dass die Antragstellerin zum Angebotsschlussstermin am 30.06.2015 keine Willenserklärung dahingehend abgegeben hat, mit welchen Stoffkostenzuschlägen sie angehängte Regieleistungen erbringen würde, welche nicht im Leistungsverzeichnis angeführt sind. Die Antragstellerin hat die den Angebotsinhalt materiell bestimmenden Angaben erst mit Schreiben deren Rechtsvertretung vom 09.07.2015 nach Ablauf der Angebotsfrist der Auftraggeberin mitgeteilt.

Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087) geht davon aus, dass eine Behebung eines Mangels dann nicht zulässig ist, wenn durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters nachträglich gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. Im Erkenntnis vom 25.03.2010, 2005/04/0144 präzisierte der Verwaltungsgerichtshof diese Rechtsprechung dahingehend, dass ein Mangel, welcher eine inhaltliche Änderung des Angebotes hinsichtlich eines Bereiches, der für die Bewertung der Angebote relevant ist, bedeute, dass dieser unbehebbar ist. Ein nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes behebbbarer Mangel stellt daher im Sinne des EuGH keine materielle nachträgliche Änderung des Angebotes dar, vielmehr bleibt dieses materiell seinem Inhalt nach unverändert.

Der VwGH beurteilte es also eindeutig als unbehebbar den Angebotsmangel, wenn der befristet vom Bieter zu bestimmende Angebotsinhalt nachträglich geändert wird. Das nicht Ausfüllen des Leerfeldes auf Seite 4 des Angebotsschreibens in Punkt 8 betreffend den Stoffkostenzuschlag durch die Antragstellerin bis zum Ablauf der Angebotsfrist und die danach am 09.07.2015 erfolgte Nachreichung dieser Angabe zur Bestimmung eines Preisanteiles bei angehängten Regieleistungen stellen eine materiell-inhaltliche Änderung des Angebotes der Antragstellerin nach

dem 30.06.2015, dem Angebotsschlussstermin dar.

Durch diese Ergänzung des Angebotsinhaltes im Punkt des Stoffkostenzuschlages wurde seitens der Antragstellerin gegen § 104 Abs. 2 BVergG verstoßen. Was aber eine unzulässige nachträgliche Angebotsänderung nach § 104 Abs. 2 BVergG darstellen würde, kann nicht gleichzeitig als behebbarer Angebotsmangel bzw. behebbare Angebotsunvollständigkeit bewertet werden. Durch das Nachreichen der Angaben auf Seite 4 des Angebotsschreibens nach dem 30.06.2015 hat die Antragstellerin ihr Angebot nach dem 30.06.2015 nachträglich entgegen § 104 Abs. 2 BVergG materiell inhaltlich geändert, was seitens der Auftraggeberin richtigerweise als Ausscheidungsgrund wegen unbehebbarer Angebotsunvollständigkeit herangezogen wurde. Durch diese Ergänzung des Angebotsinhaltes im Punkt des Stoffkostenzuschlages wurde seitens der Antragstellerin gegen Paragraph 104, Absatz 2, BVergG verstoßen. Was aber eine unzulässige nachträgliche Angebotsänderung nach Paragraph 104, Absatz 2, BVergG darstellen würde, kann nicht gleichzeitig als behebbarer Angebotsmangel bzw. behebbare Angebotsunvollständigkeit bewertet werden. Durch das Nachreichen der Angaben auf Seite 4 des Angebotsschreibens nach dem 30.06.2015 hat die Antragstellerin ihr Angebot nach dem 30.06.2015 nachträglich entgegen Paragraph 104, Absatz 2, BVergG materiell inhaltlich geändert, was seitens der Auftraggeberin richtigerweise als Ausscheidungsgrund wegen unbehebbarer Angebotsunvollständigkeit herangezogen wurde.

Der erkennende Senat sieht sich nicht veranlasst von der im Bescheid des BVA vom 08.08.2012, N/0066-BVA/08/2012-54 geäußerten Rechtsansicht in einem vergleichbaren Sachverhalt abzuweichen, weshalb spruchgemäß zu erkennen war.

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 (vgl zur Interpretation der Ausschreibung und der Willenserklärungen der Bieter: ua VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH 22. November 2011, 2006/04/0024; zur Bestandskraft von Auftraggeberentscheidungen: ua VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; zum Vorliegen einer Ausschreibungswidrigkeit: VwGH 21.03.2011, 2007/04/0007; sowie die unter Zu A I. angeführten Erkenntnisse) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung

zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche zur Interpretation der Ausschreibung und der Willenserklärungen der Bieter: ua VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH 22. November 2011, 2006/04/0024; zur Bestandskraft von Auftraggeberentscheidungen: ua VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; zum Vorliegen einer Ausschreibungswidrigkeit: VwGH 21.03.2011, 2007/04/0007; sowie die unter Zu A römisch eins. angeführten Erkenntnisse) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebotsänderung, Angebotsbewertung, Angebotsmangel, Angebotsöffnung, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Bauauftrag, Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung, Bestandsfestigkeit, Bewertung, Bietergleichbehandlung, fairer Wettbewerb, Form der Angebote, Gleichbehandlung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Grundsatz der Transparenz, Kalkulation, Leistungsinhalt, Mängelbehebung, Manipulation, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebührenersatz, Schreibfehler, Transparenz, Unbehebbarkeit, unvollständiges Angebot, Verbesserung, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren, Wettbewerbsrelevanz

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W138.2110661.2.00

Zuletzt aktualisiert am

19.11.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at