

TE Bvwg Erkenntnis 2015/6/10 W138 2107225-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.06.2015

Entscheidungsdatum

10.06.2015

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §107 Abs2

BVergG 2006 §107 Abs4

BVergG 2006 §118 Abs4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §126 Abs4

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lita

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §79 Abs6

B-VG Art.133 Abs4

1. ABGB § 914 heute

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

1. BVergG 2006 § 107 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

1. BVergG 2006 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 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 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. 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

Spruch

W138 2107225-2/17E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden sowie Mag. Susanne WIXFORTH als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Matthias WOHLGEMUTH als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "7423 Pinkafeld, Maierhofplatz 1, HTBL/HTBLVA - Sanierung Dach Hauptgebäude- Schwarzdecker- und Bauspenglerarbeiten" der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle OM-Team NÖ-Süd, Burgplatz 2, 2700 Wiener Neustadt über den Antrag der XXXX, XXXX, vertreten durch Dr. Bernhard KALL, Rechtsanwalt, Rockgasse 6/4, 1010 Wien, vom 13.05.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden sowie Mag. Susanne WIXFORTH als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Matthias WOHLGEMUTH als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "7423 Pinkafeld, Maierhofplatz 1, HTBL/HTBLVA - Sanierung Dach Hauptgebäude- Schwarzdecker- und Bauspenglerarbeiten" der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle

OM-Team NÖ-Süd, Burgplatz 2, 2700 Wiener Neustadt über den Antrag der römisch 40 , römisch 40 , vertreten durch Dr. Bernhard KALL, Rechtsanwalt, Rockgasse 6/4, 1010 Wien, vom 13.05.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag "Das Bundesverwaltungsgericht möge ein Nachprüfungsverfahren durchführen und das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin wegen Rechtswidrigkeit für nichtig erklären", wird gem. § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG abgewiesen.römisch eins. Der Antrag "Das Bundesverwaltungsgericht möge ein Nachprüfungsverfahren durchführen und das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin wegen Rechtswidrigkeit für nichtig erklären", wird gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG abgewiesen.

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

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

Der Nachprüfungsantrag der XXXX (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch Dr. Bernhard Kall, Rechtsanwalt, samt Antrag auf einstweilige Verfügung langte am 13.05.2015 außerhalb der Amtsstunden beim Bundesverwaltungsgericht ein und wurde aus diesem Grunde nach Wiederbeginn der Amtsstunden am 15.05.2015 protokolliert. Der Antrag ist somit jedenfalls fristgerecht eingebracht. Im Schriftsatz vom 13.05.2015 wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auftraggeberin öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG sei. Das Bundesverwaltungsgericht sei somit zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens. Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG sei im offenen Verfahren das Ausscheiden eines Angebotes eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der Antragstellerin sei die Ausscheidensentscheidung mit Schreiben vom 08.05.2015 per Fax übermittelt worden. Die Frist für die Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung sei somit gewahrt. Die Pauschalgebühr sei bezahlt worden. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und damit bereits ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht. Aufgrund der rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung drohe der Antragstellerin ein Schaden aufgrund des Entganges des Zuschlages in Höhe des kalkulierten Gewinns der Angebotssumme. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin der Verlust der bisher aufgewendeten Bearbeitungskosten für das Angebot, sowie der Verlust in Folge der bereits aufgelaufenen und noch auflaufenden Rechtsberatungskosten. Überdies drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige Bewerbungen, worin ein wesentlicher Schaden für die Antragstellerin zu erblicken sei. Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren erfolge nach dem Bestbieterprinzip. Die Antragstellerin sei nach Angebotsöffnung die billigste Bieterin. Überdies habe die Antragstellerin eine Verlängerung der Gewährleistung um 5 Jahre angeboten. Aus diesem Grunde sei von der Auftraggeberin bereits beabsichtigt gewesen den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen. Die Antragstellerin habe ihr Angebot entsprechend dem in der Ausschreibung vorgegebenen Leistungsverzeichnis zunächst digital in ihrem Kalkulationsprogramm erstellt. Im Anschluss daran sei eine Mitarbeiterin der Antragstellerin mit der Übertragung der einzelnen Werte vom elektronisch ausgearbeiteten Angebot auf das schlussendlich eingereichte Angebot beauftragt worden. Die Mitarbeiterin habe somit sämtliche Positionspreise sowie die Preisgrundlagen Lohn/Sonstiges etc. in die vorgesehenen Spalten des Angebotes übertragen. Bei der Übertragung seien unbestrittenermaßen in mehreren Leistungsverzeichnispositionen und in der Spaltenspalte für Nachlässe und Aufschläge in Summenblatt Übertragungsfehler entstanden, welche von der Mitarbeiterin umgehend korrigiert worden seien. Anhand des Angebotes der Antragstellerin sei ersichtlich, dass diese Korrekturen auch von der Mitarbeiterin durchgeführt worden seien müssten, da das Schriftbild definitiv ident wäre. Auch seien sämtliche Korrekturen deutlich erkennbar, sodass es sich lediglich um Abschreibfehler handle und nicht um eine etwaige nachträgliche Veränderung der einzelnen Werte. Da die Korrekturen vor Angebotsabgabe erfolgt seien, sei auch nicht

relevant, dass die Korrekturen ohne Angabe von Datum und Namen erfolgt seien. Eine nachträgliche Manipulation des Angebotes sei auch schon deshalb ausgeschlossen, weil die Korrekturen bei Angebotsöffnung bereits ersichtlich gewesen wären und die Antragstellerin nach Abgabe keinen Zugang mehr zu ihrem Angebot gehabt hätte. Am 27.04.2015 habe die Auftraggeberin den übrigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern, nicht jedoch der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt wäre, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen. Gegen die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung habe die zweitgereichte Bieterin ein Nachprüfungsverfahren (GZ: W138 2106814-2) eingeleitet. Der Nachprüfungsantrag der römisch 40 (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch Dr. Bernhard Kall, Rechtsanwalt, samt Antrag auf einstweilige Verfügung langte am 13.05.2015 außerhalb der Amtsstunden beim Bundesverwaltungsgericht ein und wurde aus diesem Grunde nach Wiederbeginn der Amtsstunden am 15.05.2015 protokolliert. Der Antrag ist somit jedenfalls fristgerecht eingebracht. Im Schriftsatz vom 13.05.2015 wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auftraggeberin öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sei. Das Bundesverwaltungsgericht sei somit zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG sei im offenen Verfahren das Ausscheiden eines Angebotes eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der Antragstellerin sei die Ausscheidensentscheidung mit Schreiben vom 08.05.2015 per Fax übermittelt worden. Die Frist für die Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung sei somit gewahrt. Die Pauschalgebühr sei bezahlt worden. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und damit bereits ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht. Aufgrund der rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung drohe der Antragstellerin ein Schaden aufgrund des Entganges des Zuschlages in Höhe des kalkulierten Gewinns der Angebotssumme. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin der Verlust der bisher aufgewendeten Bearbeitungskosten für das Angebot, sowie der Verlust in Folge der bereits aufgelaufenen und noch auflaufenden Rechtsberatungskosten. Überdies drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige Bewerbungen, worin ein wesentlicher Schaden für die Antragstellerin zu erblicken sei. Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren erfolge nach dem Bestbieterprinzip. Die Antragstellerin sei nach Angebotsöffnung die billigste Bieterin. Überdies habe die Antragstellerin eine Verlängerung der Gewährleistung um 5 Jahre angeboten. Aus diesem Grunde sei von der Auftraggeberin bereits beabsichtigt gewesen den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen. Die Antragstellerin habe ihr Angebot entsprechend dem in der Ausschreibung vorgegebenen Leistungsverzeichnis zunächst digital in ihrem Kalkulationsprogramm erstellt. Im Anschluss daran sei eine Mitarbeiterin der Antragstellerin mit der Übertragung der einzelnen Werte vom elektronisch ausgearbeiteten Angebot auf das schlussendlich eingereichte Angebot beauftragt worden. Die Mitarbeiterin habe somit sämtliche Positionspreise sowie die Preisgrundlagen Lohn/Sonstiges etc. in die vorgesehenen Spalten des Angebotes übertragen. Bei der Übertragung seien unbestrittenermaßen in mehreren Leistungsverzeichnispositionen und in der Spaltenspalte für Nachlässe und Aufschläge in Summenblatt Übertragungsfehler entstanden, welche von der Mitarbeiterin umgehend korrigiert worden seien. Anhand des Angebotes der Antragstellerin sei ersichtlich, dass diese Korrekturen auch von der Mitarbeiterin durchgeführt worden seien müssten, da das Schriftbild definitiv ident wäre. Auch seien sämtliche Korrekturen deutlich erkennbar, sodass es sich lediglich um Abschreibfehler handle und nicht um eine etwaige nachträgliche Veränderung der einzelnen Werte. Da die Korrekturen vor Angebotsabgabe erfolgt seien, sei auch nicht relevant, dass die Korrekturen ohne Angabe von Datum und Namen erfolgt seien. Eine nachträgliche Manipulation des Angebotes sei auch schon deshalb ausgeschlossen, weil die Korrekturen bei Angebotsöffnung bereits ersichtlich gewesen wären und die Antragstellerin nach Abgabe keinen Zugang mehr zu ihrem Angebot gehabt hätte. Am 27.04.2015 habe die Auftraggeberin den übrigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern, nicht jedoch der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt wäre, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen. Gegen die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung habe die zweitgereichte Bieterin ein Nachprüfungsverfahren (GZ: W138 2106814-2) eingeleitet.

Die Auftraggeberin habe in weiterer Folge das Angebot der Antragstellerin mit der gegenständlich bekämpften Ausscheidensentscheidung ausgeschieden. Begründet sei die Ausscheidensentscheidung damit worden, dass das Angebot der Antragstellerin mit einem unbehebbaen Mangel behaftet gewesen wäre. Das Ausscheiden sei rechtswidrig erfolgt, da tatsächlich kein Ausscheidensgrund vorläge. Die Auftraggeberin habe die Ausscheidensentscheidung, entgegengesetzt zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung damit begründet, dass die von der Antragstellerin vorgenommenen Korrekturen einen unbehebbaen Mangel darstellen würden, weshalb das Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuscheiden wäre. Dies wäre verfehlt, da die Korrekturen weder einen

Widerspruch zur Ausschreibung darstellen würden, noch einen unbehebbarer Mangel. Es wäre zwischen den einzelnen Fallgruppen des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG zu differenzieren. Es sei die Fallgruppe der mangelhaften Angebote von jenen des Ausschreibungswiderspruches zu trennen. Nur bei ersterer stelle sich die Frage der Behebbarkeit des Mangels. Bei letzterer sei eine Verbesserung ex lege ausgeschlossen. Ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, wie von der zweitgereihten Bieterin im Verfahren W138 2106814-2 behauptet, liege nicht vor. Ein Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen liege dann vor, wenn der Bieter in seinem Angebot erkläre, den zu vergebenden Vertrag nicht zu den Bedingungen der Ausschreibung, sondern zu anderen Bedingungen abschließen zu wollen. Bei der Beurteilung, ob tatsächlich ein Widerspruch des Angebots vorliege, seien die zivilrechtlichen Interpretationsmaßstäbe anzuwenden und zunächst der Inhalt des Angebotes zu ermitteln. Ein den Angebotsbestimmungen widersprechendes Angebot liege im gegenständlichen Fall nicht vor, da die vorgenommenen Korrekturen keinerlei Einfluss auf den abzuschließenden Leistungsvertrag hätten. Die von der Antragstellerin vorgenommenen Korrekturen ohne Angabe des Datums und rechtsgültiger Unterfertigung würden lediglich gegen die Angebotsformvorschriften verstoßen. Nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden sei § 107 Abs. 4 BVergG als bloße Ordnungsvorschrift anzusehen. Richtig sei, dass Korrekturen von Bieterangaben eindeutig und klar sein müssten und so durchgeführt werden müssten, dass zweifelsfrei feststehe, dass die Korrekturen vor der Angebotsabgabe erfolgt seien. Im gegenständlichen Fall hätte die Antragstellerin nach Angebotsabgabe keine Möglichkeit gehabt, Einfluss auf das Angebot zu nehmen. Auch die durch die Ausschreibungsbestimmungen vorgenommenen Verschärfungen der Ordnungsvorschrift führen jedenfalls nicht dazu, dass bei deren Nichtbeachtung ein neuer, gesetzlich nicht vorgesehener, Ausscheidensstatbestand geschaffen würde. Hätte die Auftraggeberin einen neuen Ausscheidensgrund schaffen wollen, hätten sie diesen explizit als solchen bezeichnen und die Rechtsfolge des Ausscheidens festlegen müssen. Nachdem kein ausschreibungswidriges Angebot vorliege, könne die Auftraggeberin ihre Entscheidung nur darauf stützen, dass ein fehlerhaftes Angebot vorliege, wobei der Fehler als unbehebbar zu qualifizieren sein müsste. Fehlerhaft sei ein Angebot, das nicht den Tatbestand des den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebotes erfülle und sonst mangelhaft sei. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die Korrekturen einen unwesentlichen Angebotsmangel darstellen würden, da sie weder eine nachträgliche Beeinflussung des Wertes der Leistung herbeiführen würden, noch die Antragstellerin in irgendeiner Weise gegenüber den übrigen Bietern begünstigen würde. Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass keine der von der Auftraggeberin zur Begründung der angefochtenen Entscheidung herangezogenen Judikate anwendbar sei. Vielmehr sei das Angebot der Antragstellerin zwar mit einem Mangel behaftet, dieser sei aber nicht als wesentlich anzusehen und das Angebot somit zulässig und nicht auszuschneiden. Durch das rechtswidrige Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin sei diese in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie in ihrem Recht auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung verletzt. Insbesondere sei sie auch im Recht auf das nicht Ausscheiden ihres Angebotes, in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung, korrekte Bestbieterermittlung sowie auf Gleichbehandlung und Durchführung eines fairen Wettbewerbes verletzt. Die Auftraggeberin habe in weiterer Folge das Angebot der Antragstellerin mit der gegenständlich bekämpften Ausscheidensentscheidung ausgeschieden. Begründet sei die Ausscheidensentscheidung damit worden, dass das Angebot der Antragstellerin mit einem unbehebbarer Mangel behaftet gewesen wäre. Das Ausscheiden sei rechtswidrig erfolgt, da tatsächlich kein Ausscheidensgrund vorläge. Die Auftraggeberin habe die Ausscheidensentscheidung, entgegengesetzt zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung damit begründet, dass die von der Antragstellerin vorgenommenen Korrekturen einen unbehebbarer Mangel darstellen würden, weshalb das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden wäre. Dies wäre verfehlt, da die Korrekturen weder einen Widerspruch zur Ausschreibung darstellen würden, noch einen unbehebbarer Mangel. Es wäre zwischen den einzelnen Fallgruppen des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zu differenzieren. Es sei die Fallgruppe der mangelhaften Angebote von jenen des Ausschreibungswiderspruches zu trennen. Nur bei ersterer stelle sich die Frage der Behebbarkeit des Mangels. Bei letzterer sei eine Verbesserung ex lege ausgeschlossen. Ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, wie von der zweitgereihten Bieterin im Verfahren W138 2106814-2 behauptet, liege nicht vor. Ein Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen liege dann vor, wenn der Bieter in seinem Angebot erkläre, den zu vergebenden Vertrag nicht zu den Bedingungen der Ausschreibung, sondern zu anderen Bedingungen abschließen zu wollen. Bei der Beurteilung, ob tatsächlich ein Widerspruch des Angebots vorliege, seien die zivilrechtlichen Interpretationsmaßstäbe anzuwenden und zunächst der Inhalt des Angebotes zu ermitteln. Ein den Angebotsbestimmungen widersprechendes Angebot liege im gegenständlichen Fall nicht vor, da die vorgenommenen

Korrekturen keinerlei Einfluss auf den abzuschließenden Leistungsvertrag hätten. Die von der Antragstellerin vorgenommenen Korrekturen ohne Angabe des Datums und rechtsgültiger Unterfertigung würden lediglich gegen die Angebotsformvorschriften verstoßen. Nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden sei Paragraph 107, Absatz 4, BVergG als bloße Ordnungsvorschrift anzusehen. Richtig sei, dass Korrekturen von Bieterangaben eindeutig und klar sein müssten und so durchgeführt werden müssten, dass zweifelsfrei feststehe, dass die Korrekturen vor der Angebotsabgabe erfolgt seien. Im gegenständlichen Fall hätte die Antragstellerin nach Angebotsabgabe keine Möglichkeit gehabt, Einfluss auf das Angebot zu nehmen. Auch die durch die Ausschreibungsbestimmungen vorgenommenen Verschärfungen der Ordnungsvorschrift führen jedenfalls nicht dazu, dass bei deren Nichtbeachtung ein neuer, gesetzlich nicht vorgesehener, Ausscheidenstatbestand geschaffen würde. Hätte die Auftraggeberin einen neuen Ausscheidensgrund schaffen wollen, hätten sie diesen explizit als solchen bezeichnen und die Rechtsfolge des Ausscheidens festlegen müssen. Nachdem kein ausschreibungswidriges Angebot vorliege, könne die Auftraggeberin ihre Entscheidung nur darauf stützen, dass ein fehlerhaftes Angebot vorliege, wobei der Fehler als unbehebbar zu qualifizieren sein müsste. Fehlerhaft sei ein Angebot, das nicht den Tatbestand des den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebotes erfülle und sonst mangelhaft sei. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die Korrekturen einen unwesentlichen Angebotsmangel darstellen würden, da sie weder eine nachträgliche Beeinflussung des Wertes der Leistung herbeiführen würden, noch die Antragstellerin in irgendeiner Weise gegenüber den übrigen Bietern begünstigen würde. Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass keine der von der Auftraggeberin zur Begründung der angefochtenen Entscheidung herangezogenen Judikate anwendbar sei. Vielmehr sei das Angebot der Antragstellerin zwar mit einem Mangel behaftet, dieser sei aber nicht als wesentlich anzusehen und das Angebot somit zulässig und nicht auszuschneiden. Durch das rechtswidrige Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin sei diese in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie in ihrem Recht auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung verletzt. Insbesondere sei sie auch im Recht auf das nicht Ausscheiden ihres Angebotes, in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung, korrekte Bestbieterermittlung sowie auf Gleichbehandlung und Durchführung eines fairen Wettbewerbes verletzt.

In einer weiteren Stellungnahme vom 10.06.2015 führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass offensichtlich vor Angebotsabgabe erfolgte Korrekturen des Angebots nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes keinen Ausscheidenstatbestand darstellen würden, sondern lediglich eine sanktionslose Verletzung einer Ordnungsvorschrift. Die im gegenständlichen Verfahren entscheidende Rechtsfrage sei, ob das Angebot der Antragsteller als ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot anzusehen sei bzw. ob es mit einem behebbaren oder unbehebbaaren Mangel behaftet wäre. Eine exakte Unterscheidung zwischen den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten, fehlerhaften oder unvollständigen Angeboten sei nach Ansicht der herrschenden Lehre zwar nicht möglich, jedoch sei durch systematische Auslegung des BVergG und anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung zu schließen, dass die nachweislich vor Angebotsabgabe erfolgte Korrektur des Angebotes nicht als Ausschreibungswiderspruch bzw. unbehebbarer Angebotsmangel zu qualifizieren sei. Konkret würde die Auftraggeberin die bekämpfte Ausscheidensentscheidung darauf stützen, dass das Auslackieren des Angebotes ohne entsprechenden Korrekturvermerk gegen die Bestimmung des § 107 Abs. 4 BVergG verstoßen würde, weshalb das Angebot der Antragstellerin gem. § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden sei. Eine systematische Betrachtung der übrigen Regelungen des § 107 BVergG zeige jedoch, dass eine Verletzung der darin statuierten Angebotsformvorschriften nur in Ausnahmefällen dazu führen könnte, dass Angebote zwingend auszuschneiden seien. § 107 Abs. 2 BVergG bestimme, dass Angebote vollständig, sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben seien. Argumentum e contrario wären somit rechnerisch fehlerhafte und unvollständige Angebote zwingend auszuschneiden. Würde man nun § 107 Abs. 2 BVergG nicht als bloße Ordnungsvorschrift ansehen, wären die Bestimmungen der §§ 79 Abs. 6 und 126 Abs. 4 BVergG obsolet. Die Intention des Gesetzgebers zu dieser Bestimmung sei somit klar ersichtlich, nämlich die Statuierung von Formvorschriften zur erleichterten Bearbeitung der Angebote, die aber nur bei Hinzutreten weiterer Umstände zum Ausscheiden führen könnten. Man könne dem Gesetzgeber nicht unterstellen, dass er mit der Bestimmung des § 107 BVergG zwingende Ausscheidenssanktionen vorsehen wolle. Auch die Judikatur gehe in vergleichbaren Konstellationen von der Zulässigkeit des Angebotes bzw. der Behebbarkeit des Mangels aus. So insbesondere hinsichtlich der Fallgruppen der unterlassenen Unterfertigung des Langleistungsverzeichnisses bzw. der Zurücknahme einer in einem Begleitschreiben abgegebenen Erklärung. Im konkreten Fall könne der Angebotsmangel dadurch in zulässiger Weise behoben werden, indem die Antragstellerin ihr Angebot ohne Verwendung von Korrekturlack neuerlich vorlegt. Dadurch werde lediglich das Leistungsverzeichnis gegen ein preislich und inhaltlich

identen, ohne Korrekturen versehenes Leistungsverzeichnis getauscht. Die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin verbessere sich dadurch nicht, weshalb nach der eindeutigen Rechtsprechung ein behebbarer Mangel vorliege und das Angebot nicht auszuschneiden sei. Auch die von der Auftraggeberin zitierten Angebotsbestimmungen würden nicht zum Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin führen. Die von der Auftraggeberin zitierten Angebotsbestimmungen würden auch nicht den vergaberechtlich unzulässigen Vermerk bei sonstigem Ausscheiden vorsehen. Nur in diesem Fall würde bei bestandfest gewordenen Ausschreibungen ein unbehebbarer Mangel vorliegen. Auch werde der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter durch das Nichtausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nicht verletzt. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlange, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt würden, sofern eine Ungleichbehandlung nicht objektiv gerechtfertigt sei. Aus all dem ergebe sich, dass die Verletzung der Formvorschrift des § 107 Abs. 4 BVergG durch die Antragstellerin nicht dazu führe, dass ihr Angebot auszuschneiden sei. Vielmehr liege aufgrund einer systematisch-teleologischen Gesetzesinterpretation und der Judikatur der Vergabekontrollbehörden ein mit einem behebbaren Mangel behaftetes, zulässiges Angebot vor. Hinsichtlich der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung werde ausgeführt, dass der erkennende Senat mit Beschluss vom 19.05.2015 explizit festgehalten habe, dass die beschlussmäßige Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des gegenständlichen Vergabeverfahrens von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweichen würde und habe gleichzeitig die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof für zulässig erklärt. Die Antragstellerin verweist in diesem Zusammenhang auf § 319 Abs. 2 Z 2 BVergG, wonach ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung dann bestünde, wenn der Antrag nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen werde. Das Bundesverwaltungsgericht habe im gegenständlichen Beschluss erwogen, dass die Interessen der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren aufgrund des aktuellen Verfahrensstandes nicht beeinträchtigt wären, da kein unmittelbarer Schaden drohen würde. Es sei somit eine Interessenabwägung vorgenommen worden, die für den Fall des Obsiegens im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren einen Kostenersatzanspruch der Antragstellerin für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begründen würde. In einer weiteren Stellungnahme vom 10.06.2015 führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass offensichtlich vor Angebotsabgabe erfolgte Korrekturen des Angebots nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes keinen Ausscheidenstatbestand darstellen würden, sondern lediglich eine sanktionslose Verletzung einer Ordnungsvorschrift. Die im gegenständlichen Verfahren entscheidende Rechtsfrage sei, ob das Angebot der Antragsteller als ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot anzusehen sei bzw. ob es mit einem behebbaren oder unbehebbarer Mangel behaftet wäre. Eine exakte Unterscheidung zwischen den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten, fehlerhaften oder unvollständigen Angeboten sei nach Ansicht der herrschenden Lehre zwar nicht möglich, jedoch sei durch systematische Auslegung des BVergG und anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung zu schließen, dass die nachweislich vor Angebotsabgabe erfolgte Korrektur des Angebotes nicht als Ausschreibungswiderspruch bzw. unbehebbarer Angebotsmangel zu qualifizieren sei. Konkret würde die Auftraggeberin die bekämpfte Ausscheidensentscheidung darauf stützen, dass das Auslackieren des Angebotes ohne entsprechenden Korrekturvermerk gegen die Bestimmung des Paragraph 107, Absatz 4, BVergG verstoßen würde, weshalb das Angebot der Antragstellerin gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden sei. Eine systematische Betrachtung der übrigen Regelungen des Paragraph 107, BVergG zeige jedoch, dass eine Verletzung der darin statuierten Angebotsformvorschriften nur in Ausnahmefällen dazu führen könnte, dass Angebote zwingend auszuschneiden seien. Paragraph 107, Absatz 2, BVergG bestimme, dass Angebote vollständig, sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben seien. Argumentum e contrario wären somit rechnerisch fehlerhafte und unvollständige Angebote zwingend auszuschneiden. Würde man nun Paragraph 107, Absatz 2, BVergG nicht als bloße Ordnungsvorschrift ansehen, wären die Bestimmungen der Paragraphen 79, Absatz 6 und 126 Absatz 4, BVergG obsolet. Die Intention des Gesetzgebers zu dieser Bestimmung sei somit klar ersichtlich, nämlich die Statuierung von Formvorschriften zur erleichterten Bearbeitung der Angebote, die aber nur bei Hinzutreten weiterer Umstände zum Ausscheiden führen könnten. Man könne dem Gesetzgeber nicht unterstellen, dass er mit der Bestimmung des Paragraph 107, BVergG zwingende Ausscheidenssanktionen vorsehen wolle. Auch die Judikatur gehe in vergleichbaren Konstellationen von der Zulässigkeit des Angebotes bzw. der Behebbarkeit des Mangels aus. So insbesondere hinsichtlich der Fallgruppen der unterlassenen Unterfertigung des Langleistungsverzeichnisses bzw. der Zurücknahme einer in einem Begleitschreiben abgegebenen Erklärung. Im konkreten Fall könne der Angebotsmangel dadurch in zulässiger Weise behoben werden, indem die Antragstellerin ihr Angebot ohne Verwendung von

Korrekturlack neuerlich vorlegt. Dadurch werde lediglich das Leistungsverzeichnis gegen ein preislich und inhaltlich identes, ohne Korrekturen versehenes Leistungsverzeichnis getauscht. Die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin verbessere sich dadurch nicht, weshalb nach der eindeutigen Rechtsprechung ein behebbarer Mangel vorliege und das Angebot nicht auszuschneiden sei. Auch die von der Auftraggeberin zitierten Angebotsbestimmungen würden nicht zum Ausschneiden des Angebots der Antragstellerin führen. Die von der Auftraggeberin zitierten Angebotsbestimmungen würden auch nicht den vergaberechtlich unzulässigen Vermerk bei sonstigem Ausschneiden vorsehen. Nur in diesem Fall würde bei bestandfest gewordenen Ausschreibungen ein unbehebbarer Mangel vorliegen. Auch werde der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter durch das Nichtausschneiden des Angebotes der Antragstellerin nicht verletzt. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlange, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt würden, sofern eine Ungleichbehandlung nicht objektiv gerechtfertigt sei. Aus all dem ergebe sich, dass die Verletzung der Formvorschrift des Paragraph 107, Absatz 4, BVergG durch die Antragstellerin nicht dazu führe, dass ihr Angebot auszuschneiden sei. Vielmehr liege aufgrund einer systematisch-teleologischen Gesetzesinterpretation und der Judikatur der Vergabekontrollbehörden ein mit einem behebbaren Mangel behaftetes, zulässiges Angebot vor. Hinsichtlich der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung werde ausgeführt, dass der erkennende Senat mit Beschluss vom 19.05.2015 explizit festgehalten habe, dass die beschlussmäßige Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des gegenständlichen Vergabeverfahrens von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweichen würde und habe gleichzeitig die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof für zulässig erklärt. Die Antragstellerin verweist in diesem Zusammenhang auf Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG, wonach ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung dann bestünde, wenn der Antrag nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen werde. Das Bundesverwaltungsgericht habe im gegenständlichen Beschluss erwogen, dass die Interessen der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren aufgrund des aktuellen Verfahrensstandes nicht beeinträchtigt wären, da kein unmittelbarer Schaden drohen würde. Es sei somit eine Interessenabwägung vorgenommen worden, die für den Fall des Obsiegens im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren einen Kostenersatzanspruch der Antragstellerin für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begründen würde.

Die vorgenommene Interessenabwägung sei allerdings nach Ansicht der Antragstellerin verfehlt. Sofern die Auftraggeberin nunmehr die Zuschlagsentscheidung bekannt gäbe, wäre die Antragstellerin gezwungen, auch gegen diese Entscheidung einen gesondert zu verggebührenden Nachprüfungsantrag zu stellen. Der für diesen Fall drohende Schaden der Antragstellerin durch neuerliche Entrichtung der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei im gegenständlichen Beschluss vom 19.05.2015 nicht in die Interessenabwägung einbezogen worden, weshalb der Beschluss rechtswidrig wäre.

Am 19.05.2015 erteilte die Bundesimmobiliengesellschaft mbH (im Weiteren Auftraggeberin) allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und gab zur beantragten Einstweiligen Verfügung keine Stellungnahme ab.

Mit Schriftsatz vom 21.05.2015, beim BVwG am selben Tag eingelangt, nahm die Auftraggeberin Stellung zum gesamten Antragsvorbringen und führte im Wesentlichen aus, dass Gegenstand des Vergabeverfahrens die Sanierung des Flachdaches des Hauptgebäudes der HTBL/HTBLVA Pinkafeld sei und es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um Schwarzdecker- und Bauspenglerarbeiten handeln würde. Wie die Antragstellerin in ihrem eigenen Schriftsatz bestätige, habe sie in ihrem Angebot bei einzelnen Leistungsverzeichnispositionen und in der Spaltenspalte für Nachlässe und Aufschläge im Summenblatt Korrekturen vorgenommen. Diese Positionen seien durch Auslacken mittels Korrekturlackes und anschließendem Darüberschreiben korrigiert worden. Bei sämtlichen Korrekturen würden sich weder ein Korrekturvermerk noch eine rechtsgültige Fertigung oder ein Datum, wann die Korrektur erfolgt sei, finden. Das gesamte Vorbringen der Antragstellerin stelle nun einen Versuch der Rechtfertigung dar, wie es zu diesen Korrekturen gekommen sei und versuche sie, diese Vorgehensweise lediglich als Verstöße gegen Angebotsformvorschriften abzutun. Dabei lasse sie aber gänzlich unberücksichtigt, dass ihre gewählte Vorgehensweise, nämlich die Korrektur ohne Angabe des Datums und rechtsgültige Unterschrift, weder gesetzestkonform erfolgt sei, noch den bestandfest gewordenen Bestimmungen der Ausschreibung entsprechen würde.

Gemäß § 107 Abs. 4 BVergG müssten Angebote so ausgefertigt sein, dass Veränderungen bemerkbar und nachweisbar wären. Korrekturen von Bieterangaben müssten eindeutig und klar sein und so durchgeführt werden, dass zweifelsfrei

feststehe, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt sei. Sie müssten unter Angabe des Datums durch rechtsgültige Unterschrift bestätigt werden. Es würden sich in den Angebotsbestimmungen der Auftraggeberin unter Punkt 3 folgende Festlegungen finden: "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." Gegenständlich habe die Auftraggeberin in ihren Ausschreibungsunterlagen unmissverständlich festgelegt, dass die Verwendung von Korrekturlack unzulässig sei. Was unzulässig wäre, könne aber nicht gleichzeitig einer Verbesserung zugänglich sein und schon gar nicht als unerheblich eingestuft werden. Durch den Verstoß gegen die zwingenden Formvorschriften der gegenständlichen Ausschreibung sei das Angebot der Antragstellerin daher mit einem unbehebbarer Mangel behaftet. Gemäß Paragraph 107, Absatz 4, BVergG müssten Angebote so ausgefertigt sein, dass Veränderungen bemerkbar und nachweisbar wären. Korrekturen von Bieterangaben müssten eindeutig und klar sein und so durchgeführt werden, dass zweifelsfrei feststehe, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt sei. Sie müssten unter Angabe des Datums durch rechtsgültige Unterschrift bestätigt werden. Es würden sich in den Angebotsbestimmungen der Auftraggeberin unter Punkt 3 folgende Festlegungen finden: "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." Gegenständlich habe die Auftraggeberin in ihren Ausschreibungsunterlagen unmissverständlich festgelegt, dass die Verwendung von Korrekturlack unzulässig sei. Was unzulässig wäre, könne aber nicht gleichzeitig einer Verbesserung zugänglich sein und schon gar nicht als unerheblich eingestuft werden. Durch den Verstoß gegen die zwingenden Formvorschriften der gegenständlichen Ausschreibung sei das Angebot der Antragstellerin daher mit einem unbehebbarer Mangel behaftet.

Aus den zentralen Vergabegrundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter folge, dass die Auftraggeberin sich an ihre eigenen Vorgaben/Ausschreibungsunterlagen zu halten hätte und nicht davon abgehen dürfte. Einem Auftraggeber sei es insbesondere verwehrt, bei einzelnen Bietern von der Einhaltung von Mindestvorgaben abzusehen. Die Antragstellerin habe im Leistungsverzeichnis ihres Angebotes Korrekturen durch Auslacken mittels Korrekturlackes und anschließendem Darüberschreiben vorgenommen. Bei sämtlichen Korrekturen würden sich weder ein Korrekturvermerk noch eine rechtsgültige Fertigung und ein Datum finden, wann die Korrektur erfolgt sein sollte. Aus all diesen Gründen sei das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuschneiden gewesen.

In einer weiteren Stellungnahme vom 15.06.2015 führte die Auftraggeberin im Wesentlichen aus, dass es sich bei den Ausführungen der Antragstellerin um reine Schutzbehauptungen handeln würde. Den Ausführungen der Antragstellerin, dass man den Gesetzgeber nicht unterstellen könnte, dass er mit der Bestimmung des § 107 BVergG zwingende Ausscheidenssanktionen vorsehen wolle, sei zu entgegnen, dass man dem Gesetzgeber noch weniger unterstellen könne, überflüssige Bestimmungen zu normieren. Auch könne der Auftraggeberin nicht unterstellt werden, überflüssige Formvorschriften festzulegen. Es könne nicht von der Auftraggeberin verlangt werden, im Nachhinein, zu Gunsten eines Bieters entgegen dem Gleichbehandlungsgrundsatz von den bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen abzugehen. Andere Bieter, die sich an die Angebotsformvorschriften gehalten hätten, wären damit benachteiligt. Im gegenständlichen Fall handle es sich um einen unbehebbarer Mangel. Hätte die Antragstellerin im Nachhinein die Möglichkeit, ihr Angebot noch einmal auszufüllen und neuerlich, ohne Fehler, entsprechend den Formvorschriften der Ausschreibung vorzulegen, würde man der Antragstellerin zusätzliche Zeit zur Verfügung stellen, die den anderen Bietern, die ihre Angebote frei von Fehlern erstellt hätten, bei der Ausarbeitung ihres Angebotes nicht zur Verfügung gestanden wäre. Bei der Antragstellerin würde somit durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung eintreten. Dass die Auftraggeberin keinen Vermerk bei sonstigem Ausscheiden vorgesehen habe, sei unerheblich. Im gegenständlichen Angebot fehle eine rechtsgültige Unterfertigung der Korrekturen und fehle damit der Bindungswille hinsichtlich dieser nachträglichen Änderungen. Einem teilweise unverbindlichen Angebot könne aber der Zuschlag nicht erteilt werden. Zusammengefasst handle es sich bei den Mängeln des Angebotes der Antragstellerin um unbehebbarer Mängel, welche zwingend zum Ausschreiben des Angebotes führen müssten. In einer weiteren Stellungnahme vom 15.06.2015 führte die Auftraggeberin im Wesentlichen aus, dass es sich bei den Ausführungen der Antragstellerin um reine Schutzbehauptungen handeln würde. Den Ausführungen der Antragstellerin, dass man den Gesetzgeber nicht unterstellen könnte, dass er mit der Bestimmung des Paragraph 107, BVergG zwingende Ausscheidenssanktionen

vorsehen wolle, sei zu entgegnen, dass man dem Gesetzgeber noch weniger unterstellen könne, überflüssige Bestimmungen zu normieren. Auch könne der Auftraggeberin nicht unterstellt werden, überflüssige Formvorschriften festzulegen. Es könne nicht von der Auftraggeberin verlangt werden, im Nachhinein, zu Gunsten eines Bieters entgegen dem Gleichbehandlungsgrundsatz von den bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen abzugehen. Andere Bieter, die sich an die Angebotsformvorschriften gehalten hätten, wären damit benachteiligt. Im gegenständlichen Fall handle es sich um einen unbehebbarer Mangel. Hätte die Antragstellerin im Nachhinein die Möglichkeit, ihr Angebot noch einmal auszufüllen und neuerlich, ohne Fehler, entsprechend den Formvorschriften der Ausschreibung vorzulegen, würde man der Antragstellerin zusätzliche Zeit zur Verfügung stellen, die den anderen Bietern, die ihre Angebote frei von Fehlern erstellt hätten, bei der Ausarbeitung ihres Angebotes nicht zur Verfügung gestanden wäre. Bei der Antragstellerin würde somit durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung eintreten. Dass die Auftraggeberin keinen Vermerk bei sonstigem Ausscheiden vorgesehen habe, sei unerheblich. Im gegenständlichen Angebot fehle eine rechtsgültige Unterfertigung der Korrekturen und fehle damit der Bindungswille hinsichtlich dieser nachträglichen Änderungen. Einem teilweise unverbindlichen Angebot könne aber der Zuschlag nicht erteilt werden. Zusammengefasst handle es sich bei den Mängeln des Angebotes der Antragstellerin um unbehebbarer Mängel, welche zwingend zum Ausschreiben des Angebotes führen müssten.

Mit Schriftsatz vom 22.05.2015 erhob die Rathmanner Gesellschaft m. b.H., 7343 Neutal, Gewerbestraße 1 (im Weiteren: mitbeteiligte Partei), vertreten durch schwartz, huber-medek & partner rechtsanwälte og, Stubenring 2, 1010 Wien, fristgerecht begründet Einwendungen und führte im Wesentlichen aus, am 15.05.2015 sei auf der Amtstafel des BVwG unter der Geschäftszahl W138 2107225-2 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gegen eine Ausscheidungsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren bekannt gemacht worden. Innerhalb offener Frist erstatte die mitbeteiligte Partei begründete Einwendungen. Parteien des Nachprüfungsverfahrens seien neben der Antragstellerin und Auftraggeberin auch jene Unternehmer, die durch die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können. Nach der herrschenden Rechtsprechung und der Literatur hätte u. a. ein Unternehmer Parteistellung, wenn ein Mitbewerber sein Ausscheiden anfechtet, weil er durch die Nichtigerklärung des Ausscheidens einen Nachteil erleiden könne. Die mitbeteiligte Partei habe im gegenständlichen Vergabeverfahren am 04.05.2015 bereits einen Nachprüfungsantrag samt EV-Antrag gegen die ursprünglich ergangene Zuschlagsentscheidung vom 27.04.2015, wonach der Zuschlag der nunmehrigen Antragstellerin als vermeintlichen Billigstbieterin erteilt werden sollte, eingebracht. Die mitbeteiligte Partei hat im Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung aufgezeigt, dass das Angebot der nunmehrigen Antragstellerin zwingend auszuschneiden gewesen wäre. Am 08.05.2015 habe die Auftraggeberin die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 27.04.2015 zurückgenommen. Aufgrund der Zurücknahme der angefochtenen Zuschlagsentscheidung vom 27.04.2015 habe die mitbeteiligte Partei ihren Nichtigerklärungsantrag zurückgezogen. In weiterer Folge wurde vom BVwG das Nachprüfungsverfahren eingestellt und die Auftraggeberin zum Kostenersatz verpflichtet. Gegenstand des nunmehr anhängigen Kontrollverfahrens sei das Ausscheiden des Billigstbieters, der nunmehrigen Antragstellerin. Die Entscheidung des BVwG zur Frage der Zulässigkeit des Ausscheidens sei bindend für die weitere Vorgehensweise der Auftraggeberin und hätte daher unmittelbaren Einfluss auf die noch folgende Zuschlagsentscheidung. Würde das BVwG feststellen, dass das Ausscheiden unzulässiger Weise erfolgt wäre, wäre die nunmehrige Antragstellerin als Billigstbieterin denklösig Zuschlagsempfängerin. Werde demgegenüber das Ausscheiden bestätigt, müsste die mitbeteiligte Partei den Zuschlag erhalten. Der Gesetzgeber habe in § 107 Abs. 4 BVergG Angebotsformvorschriften festgelegt, die die Bieter bei der Angebotserstellung einhalten müssten. In Ergänzung zu den Formvorschriften des § 107 Abs. 4 BVergG habe die Auftraggeberin in Punkt 3 der Angebotsbestimmungen weitere Festlegungen getroffen. Gemäß diesen vom BVergG abweichenden, bestandfesten Angebotsbestimmungen dürften Angebotskorrekturen nicht unter Verwendung von Korrekturlack vorgenommen werden. Nach ständiger Rechtsprechung seien sowohl die Bieter als auch die Auftraggeberin an die bestandfesten Festlegungen, die über die gesetzlichen Mindestanforderungen ganz offensichtlich hinausgehen würden, gleichermaßen gebunden. Aufgrund dieser Bindungswirkung müsse daher das Angebot der Antragstellerin als ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot ausgeschieden werden. Dies aus dem ganz einfachen Grund, weil das Angebot offenbar mehrere Korrekturen in der Spalte Nachlässe und Aufschläge enthalte, die mittels Korrekturlack vorgenommen worden seien, obwohl die Verwendung von Korrekturlack aber nach den Angebotsbestimmungen unzulässig sei. Darüber hinaus würden offenbar, wie sich bei der Angebotsöffnung gezeigt habe, bei allen Korrekturen sowohl Unterschriften als auch Datumsangaben fehlen. Auch dies wäre ein Verstoß gegen

zwingende Angebotsformvorschriften. Ein Ausscheiden sei daher schon aufgrund der in § 19 Abs. 1 BVergG normierten Grundsätze des Vergabeverfahrens zwingend. Mit Schriftsatz vom 22.05.2015 erhob die Rathmanner Gesellschaft m. b.H., 7343 Neutal, Gewerbestraße 1 (im Weiteren: mitbeteiligte Partei), vertreten durch schwarz, huber-medek & partner rechtsanwälte og, Stubenring 2, 1010 Wien, fristgerecht begründet Einwendungen und führte im Wesentlichen aus, am 15.05.2015 sei auf der Amtstafel des BVwG unter der Geschäftszahl W138 2107225-2 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gegen eine Ausscheidungsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren bekannt gemacht worden. Innerhalb offener Frist erstatte die mitbeteiligte Partei begründete Einwendungen. Parteien des Nachprüfungsverfahrens seien neben der Antragstellerin und Auftraggeberin auch jene Unternehmer, die durch die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können. Nach der herrschenden Rechtsprechung und der Literatur hätte u. a. ein Unternehmer Parteistellung, wenn ein Mitbewerber sein Ausscheiden anfecht, weil er durch die Nichtigerklärung des Ausscheidens einen Nachteil erleiden könne. Die mitbeteiligte Partei habe im gegenständlichen Vergabeverfahren am 04.05.2015 bereits einen Nachprüfungsantrag samt EV-Antrag gegen die ursprünglich ergangene Zuschlagsentscheidung vom 27.04.2015, wonach der Zuschlag der nunmehrigen Antragstellerin als vermeintlichen Billigstbieterin erteilt werden sollte, eingebracht. Die mitbeteiligte Partei hat im Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung aufgezeigt, dass das Angebot der nunmehrigen Antragstellerin zwingend auszuschneiden gewesen wäre. Am 08.05.2015 habe die Auftraggeberin die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 27.04.2015 zurückgenommen. Aufgrund der Zurücknahme der angefochtenen Zuschlagsentscheidung vom 27.04.2015 habe die mitbeteiligte Partei ihren Nichtigerklärungsantrag zurückgezogen. In weiterer Folge wurde vom BVwG das Nachprüfungsverfahren eingestellt und die Auftraggeberin zum Kostenersatz verpflichtet. Gegenstand des nunmehr anhängigen Kontrollverfahrens sei das Ausscheiden des Billigstbieters, der nunmehrigen Antragstellerin. Die Entscheidung des BVwG zur Frage der Zulässigkeit des Ausscheidens sei bindend für die weitere Vorgehensweise der Auftraggeberin und hätte daher unmittelbaren Einfluss auf die noch folgende Zuschlagsentscheidung. Würde das BVwG feststellen, dass das Ausscheiden unzulässiger Weise erfolgt wäre, wäre die nunmehrige Antragstellerin als Billigstbieterin denklöglich Zuschlagsempfängerin. Würde demgegenüber das Ausscheiden bestätigt, müsste die mitbeteiligte Partei den Zuschlag erhalten. Der Gesetzgeber habe in Paragraph 107, Absatz 4, BVergG Angebotsformvorschriften festgelegt, die die Bieter bei der Angebotserstellung einhalten müssten. In Ergänzung zu den Formvorschriften des Paragraph 107, Absatz 4, BVergG habe die Auftraggeberin in Punkt 3 der Angebotsbestimmungen weitere Festlegungen getroffen. Gemäß diesen vom BVergG abweichenden, bestandfesten Angebotsbestimmungen dürften Angebotskorrekturen nicht unter Verwendung von Korrekturlack vorgenommen werden. Nach ständiger Rechtsprechung seien sowohl die Bieter als auch die Auftraggeberin an die bestandfesten Festlegungen, die über die gesetzlichen Mindestanforderungen ganz offensichtlich hinausgehen würden, gleichermaßen gebunden. Aufgrund dieser Bindungswirkung müsse daher das Angebot der Antragstellerin als ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot ausgeschieden werden. Dies aus dem ganz einfachen Grund, weil das Angebot offenbar mehrere Korrekturen in der Spalte Nachlässe und Aufschläge enthalte, die mittels Korrekturlack vorgenommen worden seien, obwohl die Verwendung von Korrekturlack aber nach den Angebotsbestimmungen unzulässig sei. Darüber hinaus würden offenbar, wie sich bei der Angebotsöffnung gezeigt habe, bei allen Korrekturen sowohl Unterschriften als auch Datumsangaben fehlen. Auch dies wäre ein Verstoß gegen zwingende Angebotsformvorschriften. Ein Ausscheiden sei daher schon aufgrund der in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG normierten Grundsätze des Vergabeverfahrens zwingend.

Die Antragstellerin habe, und zwar zusätzlich zur Mindestgewährleistungsfrist von fünf Jahren, eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist um weitere fünf Jahre angeboten. Damit habe die Antragstellerin eine Gewährleistungshaftung für insgesamt 10 Jahre angeboten. Eine solche Haftung sei zum angebotenen Gesamtpreis betriebswirtschaftlich weder erklär- noch nachvollziehbar. Dies auch vor dem Hintergrund, dass eine Gewährleistungsfrist für die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen von mehr als fünf Jahren absolut unüblich sei. Es bestünde daher der begründete Verdacht, dass das Angebot der Antragstellerin vor dem Hintergrund der erweiterten Haftung nicht kostendeckend sei und daher auch aus diesem Grund ein Ausscheiden wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises geboten sei.

In einem weiteren Schriftsatz der mitbeteiligten Partei vom 15.06.2015 führte diese im Wesentlichen aus, dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht auf Grund der Nichteinhaltung von Angebotsformvorschriften aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden sei. Nach ständiger Rechtsprechung seien die Bieter und die Auftraggeberin

an bestandfeste Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gleichermaßen gebunden. Solche bestandfesten Festlegungen könnten, wie im gegenständlichen Fall, auch Angebotsformvorschriften sein. Das Angebot der Antragstellerin verstoße nicht nur gegen die bestandfesten Angebotsformvorschriften, sondern auch gegen die gesetzlichen Angebotsformvorschriften. Im Angebot der Antragstellerin würden sich in fünf Positionen Korrekturen bei den Preisangaben und eine weitere Korrektur im Summenblatt finden. Alle Korrekturen seien mit Korrekturlack vorgenommen worden, obwohl gemäß den bestandfesten Angebotsformvorschriften die Verwendung von Korrekturlack untersagt sei. Schon aus diesem Grunde wäre daher das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuschneiden. Weiters würden bei allen Korrekturen sowohl Unterschrift als auch Datumsangaben fehlen, obwohl Korrekturen von Bieterangaben einerseits gem. § 107 Abs 4 BVergG und andererseits gemäß den bestandfesten Angebotsformvorschriften unter Angabe des Datums durch rechtsgültige Unterschrift bestätigt werden müssten. Der gegenständliche Sachverhalt sei auch nicht mit dem Sachverhalt der Entscheidung des BVA vom 26.07.2007 N/0064-BVA/14/2007-26 vergleichbar. Das BVA habe in seiner rechtlichen Beurteilung keine bestandfesten Angebotsformvorschriften zu berücksichtigen gehabt, die die Verwendung von Korrekturlack ausschließen würden. Sinn und Zweck der Angebotsformvorschriften betreffend Korrekturen im Angebot sei einerseits die Transparenz von Korrekturen vor Angebotsabgabe und andererseits auch die zweifelsfreie Vermeidung von Manipulationen nach Angebotsabgabe. Die Korrekturen mittels Korrekturlack seien bei der Angebotsöffnung weder festgestellt noch protokolliert worden. Faktum ist, dass es mangels erforderlicher Datumsangabe bei den Korrekturen aber auch mangels Feststellung im Rahmen der Angebotsöffnung aus heutiger Sicht de facto unmöglich sei, zweifelsfrei festzustellen, ob die Korrekturen bei den Preisangaben bereits vor der Angebotsabgabe erfolgt seien. Schon alleine aus diesem Grund sei das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, weil eine nachträgliche Manipulation nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden könnte. Gemäß dem Wortlaut des § 107 Abs. 4 BVergG müssten Korrekturen von Bieterangaben so durchgeführt werden, dass zweifelsfrei feststehe, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt sei. Hierbei handle es sich um eine Rechtsfrage, die expressis verbis auf Grundlage der Angaben im Angebot zu beurteilen sei. Andere Beweismittel würden dabei keine Rolle spielen. Zusammengefasst werde festgehalten, dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei. In einem weiteren Schriftsatz der mitbeteiligten Partei vom 15.06.2015 führte diese im Wesentlichen aus, dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht auf Grund der Nichteinhaltung von Angebotsformvorschriften aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden sei. Nach ständiger Rechtsprechung seien die Bieter und die Auftraggeberin an bestandfeste Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gleichermaßen gebunden. Solche bestandfesten Festlegungen könnten, wie im gegenständlichen Fall, auch Angebotsformvorschriften sein. Das Angebot der Antragstellerin verstoße nicht nur gegen die bestandfesten Angebotsformvorschriften, sondern auch gegen die gesetzlichen Angebotsformvorschriften. Im Angebot der Antragstellerin würden sich in fünf Positionen Korrekturen bei den Preisangaben und eine weitere Korrektur im Summenblatt finden. Alle Korrekturen seien mit Korrekturlack vorgenommen worden, obwohl gemäß den bestandfesten Angebotsformvorschriften die Verwendung von Korrekturlack untersagt sei. Schon aus diesem Grunde wäre daher das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuschneiden. Weiters würden bei allen Korrekturen sowohl Unterschrift als auch Datumsangaben fehlen, obwohl Korrekturen von Bieterangaben einerseits gem. Paragraph 107, Absatz 4, BVergG und andererseits gemäß den bestandfesten Angebotsformvorschriften unter Angabe des Datums durch rechtsgültige Unterschrift bestätigt werden müssten. Der gegenständliche Sachverhalt sei auch nicht mit dem Sachverhalt der Entscheidung des BVA vom 26.07.2007 N/0064-BVA/14/2007-26 vergleichbar. Das BVA habe in seiner rechtlichen Beurteilung keine bestandfesten Angebotsformvorschriften zu berücksichtigen gehabt, die die Verwendung von Korrekturlack ausschließen würden. Sinn und Zweck der Angebotsformvorschriften betreffend Korrekturen im Angebot sei einerseits die Transparenz von Korrekturen vor Angebotsabgabe und andererseits auch die zweifelsfreie Vermeidung von Manipulationen nach Angebotsabgabe. Die Korrekturen mittels Korrekturlack seien bei der Angebotsöffnung weder festgestellt noch protokolliert worden. Faktum ist, dass es mangels erforderlicher Datumsangabe bei den Korrekturen aber auch mangels Feststellung im Rahmen der Angebotsöffnung aus heutiger Sicht de facto unmöglich sei, zweifelsfrei festzustellen, ob die Korrekturen bei den Preisangaben bereits vor der Angebotsabgabe erfolgt seien. Schon alleine aus diesem Grund sei das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, weil eine nachträgliche Manipulation nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden könnte. Gemäß dem Wortlaut des Paragraph 107, Absatz 4, BVergG müssten Korrekturen von Bieterangaben so durchgeführt werden, dass zweifelsfrei feststehe, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt sei. Hierbei handle es sich um eine Rechtsfrage, die

expressis verbis auf Grundlage der Angaben im Angebot zu beurteilen sei. Andere Beweismittel würden dabei keine Rolle spielen. Zusammengefasst werde festgehalten, dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei.

Am 17.06.2015 fand vor dem BVwG eine mündliche Verhandlung statt im Zuge derer die Parteien im Wesentlichen wie folgt ausführten:

"VR: Frage an die Auftraggeberin: Wurde im Zuge der Angebotsöffnung festgehalten in welchen konkreten Positionen des Leistungsverzeichnisses der Antragstellerin Korrekturen mittels Korrekturlack vorgenommen wurden?

AG: Die konkreten Positionen nicht und es wird auf das Protokoll der Angebotsöffnung verwiesen, wonach beim Angebot der Antragstellerin Korrekturen in der Spalte Nachlässe und Aufschläge vorgenommen wurden. Generell wird im Zuge der Angebotsöffnung nicht jede Seite des Angebotes und damit auch nicht das Leistungsverzeichnisses angesehen.

AST: Aus Beilage C würde sich zum Thema der Lackierungen ableiten lassen, dass im Zuge der Angebotsöffnung darüber gesprochen worden wäre ansonsten der Hinweis auf die Fragestellung der mitbeteiligten Partei keinen Sinn ergeben würde.

Geschäftsführer (Herr Zodl) der mitbeteiligte Partei führt aus, dass im Zuge der Angebotsöffnung darüber nicht gesprochen worden wäre, sondern die Mitarbeiterin der AG hat festgestellt, dass bei der Summenverkündung am Summenblatt eine Lackierung in der Spalte Aufschläge und Nachlässe vorhanden wäre.

AG: Der zuständige Projektleiter hat mich kontaktiert und mitgeteilt, dass die Korrektur im Summenblatt bei der Angebotsöffnung verlesen wurde und der Geschäftsführer der mitbeteiligten Partei den Projektleiter danach, sohin nach Angebotsöffnung, angesprochen hat, dass die mitbeteiligte Partei die Fragestellung der Lackierungen näher prüfen würde.

Mitbeteiligte Partei: Das Angebotsöffnungsprotokoll sei der Nachweis was im Zuge der Angebotsöffnung tatsächlich vorgefallen sei. Protokolliert ist eben, dass eine Lackierung im Summenblatt in der Spalte Nachlässe und Aufschläge festgestellt worden sei, jedoch nicht in fünf Positionen des Leistungsverzeichnisses. Ansonsten wird auf den Schriftsatz verwiesen.

AST: Haben Sie, nachdem Sie das Angebot geprüft haben, gesehen, ob auslackiert wurde?

AG: Im Zuge der Angebotsprüfung wurden dann weitere Auslackierungen festgestellt, nämlich diese, die auch in der Mitteilung der Ausscheidungsentscheidung genannt worden seien.

AST: Ist dazwischen ein neues Angebot der Antragstellerin eingelangt bzw. hat es eine Kontaktaufnahme bis zum Zeitpunkt des Aufklärungsversuchens gegeben?

AG: Am 23.04.2015, das angegebene Datum 23.09.2014 ist irrtümlich eingesetzt worden, gab es ein Aufklärungsversuchen an die Antragstellerin. Die Auftraggeberin hat jedenfalls keine Manipulationen durchgeführt.

Mitbeteiligte Partei: Wir möchten nochmals auf die Bestimmung des § 107 BVergG hinweisen, wonach Korrekturen zweifelsfrei vor Angebotsabgabe erfolgt sein müssen. Auf Grund dieses Wortlautes kann nur das Angebot herangezogen werden für die Prüfung durch das Gericht, ob die Korrekturen vor der Angebotsabgabe erfolgten. Beweismittel, die im gegenständlichen Verfahren genannt werden, können nicht von Relevanz sein. Mitbeteiligte Partei: Wir möchten nochmals auf die Bestimmung des Paragraph 107, BVergG hinweisen, wonach Korrekturen zweifelsfrei vor Angebotsabgabe erfolgt sein müssen. Auf Grund dieses Wortlautes kann nur das Angebot herangezogen werden für die Prüfung durch das Gericht, ob die Korrekturen vor der Angebotsabgabe erfolgten. Beweismittel, die im gegenständlichen Verfahren genannt werden, können nicht von Relevanz sein.

VR: Die AST verzichtet auf die Einvernahme der beantragten Zeugen und des Geschäftsführers?

AST: Ja, aber es werde auf das Aufforderungsschreiben vom 23.04.2015 sowie die Antwort der AST darauf verwiesen, woraus sich unstreitig ergäbe, dass die Korrekturen vor Antragsöffnung im Angebot enthalten gewesen wären."

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Auf Grund der vorliegenden Stellungnahmen, der beziehnehmenden Beilagen und der Unterlagen des

Vergabeverfahrens, sowie die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 17.06.2015 wird der folgende entscheidungswesentliche Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin führt unter der Bezeichnung "7423 Pinkafeld, Maierhofplatz 1, HTBL/HTBLVA-Sanierung Dach Hauptgebäude-Schwarzdecker-und Bausplengerarbeiten" ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich mit dem Ziel des Abschlusses eines Vertrages über Bauleistungen nach dem Bestbieterprinzip durch. Die Auftraggeberin hat im Vergabeverfahren den Bietern eine Ausschreibungsunterlage bestehend aus

- -Strichaufzählung
Einladung zur Angebotsabgabe Angebotsbestimmungen
- -Strichaufzählung
Angebotsschreiben
- -Strichaufzählung
Leistungsverzeichnis samt Plänen
- -Strichaufzählung
Abändernde bzw. ergänzende (AEB) zur ÖNORM B2110:2013
- -Strichaufzählung
Arbeitsgemeinschaftserklärung
- -Strichaufzählung
Muster eines Bankgarantiebriefes für Kautions- und Deckungsrücklass
- -Strichaufzählung
Muster eines Bankgarantiebriefes für Haftungsrücklass
- -Strichaufzählung
Antrag auf Genehmigung von Subunternehmen und
- -Strichaufzählung
Geforderte Eignungsnachweise

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. 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 § 129 BVergG 2006 ausgeschieden 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.

Bei unvollständig ausgepreisten Einheitspreisen bzw. Einheitspreisannteilen wird bei der

Angebotsprüfung nach folgenden Korrekturregeln vorgegangen:

Die Zeichen " - " und " / " gelten als Null. Dies gilt auch bei Einheitspreisen.

Bestehen zwischen den angebotenen Einheitspreisen und einer allenfalls vorliegenden

Preisauflgliederung Abweichungen, so gelten gemäß § 124 Abs. 1 BVergG 2006 die Preisauflgliederung Abweichungen, so gelten gemäß Paragraph 124, Absatz eins, BVergG 2006 die angebotenen Einheitspreise.

Liegt die Summe der Einheitspreisanteile über bzw. unter dem Einheitspreis, erfolgt eine Korrektur der Preisauflgliederung gemäß ÖNORM B 2110 in der Fassung vom 1. März 1995, Abschnitt 2.27.4.1."

Punkt 6. Vertragsbestandteile des Angebotsschreibens lautet auszugsweise wie folgt:

"Als Vertragsbestandteile gelten in nachstehender Reihenfolge:

- a) die schriftliche Vereinbarung, durch die der Vertrag zu Stande gekommen ist (das Auftragsschreiben und gegebenenfalls der Gegenbrief ohne Vorbehalte);
- b) die Angebotsbestimmungen des Einladungsschreibens zur Angebotsabgabe und das gegenständliche Angebotsschreiben (ohne Beilagen)"

[...]

Die Angebotsfrist endete am 09.04.2015 11:00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand am 09.04.2015 um 11:00 Uhr statt. Insgesamt haben sich fünf Bieter durch die Abgabe von Angeboten am Vergabeverfahren beteiligt. Bei der Angebotsöffnung hat die Auftraggeberin in dem "Angebots-Eingangsverzeichnis und Niederschrift zur Angebotsöffnung" bezüglich des Angebotes der Antragstellerin, soweit entscheidungswesentlich, vermerkt:

"Lackierung in Spalte Nachlässe und Aufschläge". Eine Dokumentation hinsichtlich der unstrittigen weiteren Korrekturen im Angebot der Antragstellerin kann dem Vergabeakt nicht entnommen werden.

Dem "Ausschreibungs- und Leistungsverzeichnis" des fristgerecht eingereichten Angebots der Antragstellerin ist zu entnehmen, dass sich

in der Position 011902B in der Spalte Lohn,

in den Positionen 211607C, 2116610, 211709B in den Spalten Lohn, Sonstiges, Einheitspreis, Menge EH und Positionspreis,

in der Position 2340610 in der Spalte Positionspreis und

im "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)" in der Betragsspalte für Nachlässe und Aufschläge Korrekturen mittels Korrekturlack ohne Datumsangabe und bestätigender Unterschrift finden.

Die von der Auftraggeberin durchgeführten Prüfschritte sind im Vergabebericht und dessen Beilagen dokumentiert und für den erkennenden Senat plausibel und nachvollziehbar.

Mit dem per Telefax übermittelten Schreiben vom 08.05.2015 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass deren Angebot bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden kann und auszuschneiden ist. Als Grund dafür wurde angeführt, dass in den Positionen 011902B, 211607C, 2116610, 211709B und 2340610 und in der Spaltenpalte für Nachlässe und Aufschläge im Summenblatt Korrekturen mittels Korrekturlack vorgenommen 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 noch nicht erteilt.

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

Antragstellerin bildenden Leistungsverzeichnisses steht für den erkennenden Senat im Sinne des Paragraph 107, Absatz 4, BVergG nicht zweifelsfrei fest, dass die Korrekturen im Angebot (Leistungsverzeichnis) vor Angebotsabgabe erfolgt sind.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes GZ W138 2107225-1/2E vom 19.05.2015 wurde die von der Antragstellerin 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 haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Die Feststellungen finden Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen, den Vergabeunterlagen und den Angaben in der mündlichen Verhandlung. Nach dem Vorbringen der Antragstellerin seien die im Angebot festgestellten Korrekturen mittels Korrekturlack vor Angebotsabgabe von der Antragstellerin ausgeführt worden. In der mündlichen Verhandlung wurde von Seiten der Antragstellerin auf die Einvernahme der beantragten Zeugin XXXX und des Geschäftsführers der Antragstellerin Herrn XXXX verzichtet. In der mündlichen Verhandlung vom 17.06.2015 führte die Auftraggeberin aus, dass von ihr jedenfalls keine Manipulationen durchgeführt worden seien. Die oben getroffenen Feststellungen ergeben sich schlüssig aus den vorgelegten Verfahrensunterlagen des bei der Auftraggeberin geführten Vergabeverfahrens. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Die Feststellungen finden Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen, den Vergabeunterlagen und den Angaben in der mündlichen Verhandlung. Nach dem Vorbringen der Antragstellerin seien die im Angebot festgestellten Korrekturen mittels Korrekturlack vor Angebotsabgabe von der Antragstellerin ausgeführt worden. In der mündlichen Verhandlung wurde von Seiten der Antragstellerin auf die Einvernahme der beantragten Zeugin römisch 40 und des Geschäftsführers der Antragstellerin Herrn römisch 40 verzichtet. In der mündlichen Verhandlung vom 17.06.2015 führte die Auftraggeberin aus, dass von ihr jedenfalls keine Manipulationen durchgeführt worden seien.

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 und der Aussage der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung, dass diese keinerlei Manipulationen durchgeführt habe, 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 und der Aussage der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung, dass diese keinerlei Manipulationen durchgeführt habe, 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, und von keiner der Parteien bestrittene Umstand ist, dass es Korrekturen im Leistungsverzeichnis der Antragstellerin mittels Korrekturlack gegeben hat und dass keine der Korrekturen unter Angabe des Datums durch rechtsgültige Unterschrift bestätigt worden 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 aus dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, BVergG, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Dabei handelt es sich um Entscheidungen über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Der Senat besteht gemäß Paragraph 292, Absatz 2, BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzendem und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer aus dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß § 1 VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits 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 mbH. 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 mbH. 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 13.05.2015 per webERV im Bundesverwaltungsgericht ein. Die Auftraggeberin gab die angefochtenen Entscheidungen der Antragstellerin am 08.05.2015 per Telefax bekannt. Die Frist zur Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages endete daher am 15.05.2015 24:00 Uhr. Der Nachprüfungsantrag vom 13.05.2015 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. aa 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, a, a, 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 dies der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA 04.06.2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; BVA 14. 06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua)Die 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 dies der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA 04.06.2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, 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).

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"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 § 129 BVergG 2006 ausgeschieden.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. [...])

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 der objektive 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. Von der Antragstellerin wurde auch zugestanden, dass die Mitarbeiterin der Antragstellerin, welche das Angebot ausfüllte und i.A. (im Auftrag) unterfertigte in Unkenntnis der vergaberechtlichen Bestimmungen des § 107 Abs. 4 BVergG und somit offensichtlich auch der bestandfesten Vorgaben der Ausschreibung war. Für einen fachkundigen Bieter war daher klar erkennbar, dass bereits auf Grund der Formulierung [...] ist unzulässig [...] eine Verbesserung des Angebotes selbst, im offenen 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 Seiten des Angebots, auf welchen sich unzulässiger Weise Korrekturen mittels Korrekturlack und ohne Datumsangabe unter Beifügung der bestätigenden Unterschrift finden, bzw. eine nachträgliche Vorlage von Seiten des Angebots ohne Korrekturen, widerspricht den allgemeinen Grundsätzen bezüglich der Unveränderlichkeit von Angeboten im offenen Verfahren und auch der zwingenden Bestimmung des § 118 Abs. 4 BVergG. Der gegenständlich zu beurteilende Sachverhalt ist auch nicht mit jenen von der Antragstellerin hinsichtlich der unterlassenen Unterfertigung des Lang-Leistungsverzeichnisses oder der Zurücknahme einer in einem Begleitschreiben abgegebenen Erklärung vergleichbar und sind diese somit auch nicht einschlägig. Dies insbesondere, da es im ersten Fall um die Frage der zivilrechtlichen Bindung eines Angebots geht und im anderen Fall um eine Rücknahme einer abgegebenen Erklärung und nicht, wie gegenständlich intendiert, um einen nachträglichen Austausch bzw. eine zusätzliche Vorlage unkorrigierter Seiten des Angebots. Bei den unstrittigen Korrekturen im Angebot der Antragstellerin wurden von dieser keine der diesbezüglichen bestandfesten Vorgaben eingehalten. Von der Antragstellerin wurde auch zugestanden, dass die Mitarbeiterin der Antragstellerin, welche das Angebot ausfüllte und i.A. (im Auftrag) unterfertigte in Unkenntnis der vergaberechtlichen Bestimmungen des Paragraph 107, Absatz 4, BVergG und somit offensichtlich auch der bestandfesten Vorgaben der Ausschreibung war. Für einen fachkundigen Bieter war daher klar erkennbar, dass bereits auf Grund der Formulierung [...] ist unzulässig [...] eine Verbesserung des Angebotes selbst, im offenen 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 Seiten des Angebots, auf welchen sich unzulässiger Weise Korrekturen mittels

Korrekturlack und ohne Datumsangabe unter Beifügung der bestätigenden Unterschrift finden, bzw. eine nachträgliche Vorlage von Seiten des Angebots ohne Korrekturen, widerspricht den allgemeinen Grundsätzen bezüglich der Unveränderlichkeit von Angeboten im offenen Verfahren und auch der zwingenden Bestimmung des Paragraph 118, Absatz 4, BVergG. Der gegenständlich zu beurteilende Sachverhalt ist auch nicht mit jenen von der Antragstellerin hinsichtlich der unterlassenen Unterfertigung des Lang-Leistungsverzeichnisses oder der Zurücknahme einer in einem Begleitschreiben abgegebenen Erklärung vergleichbar und sind diese somit auch nicht einschlägig. Dies insbesondere, da es im ersten Fall um die Frage der zivilrechtlichen Bindung eines Angebots geht und im anderen Fall um eine Rücknahme einer abgegeben Erklärung und nicht, wie gegenständlich intendiert, um einen nachträglichen Austausch bzw. eine zusätzliche Vorlage unkorrigierter Seiten des Angebots.

Der erkennende Senat teilt auch 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 auch 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.

Auch ist der Sachverhalt mit dem gegenständlichen nicht vergleichbar, zumal es gegenständlich nicht nur um die Korrektur von Einheitspreisen geht, sondern gegenständlich in insbesondere 3 Positionen des Leistungsverzeichnisses die Postitionen Lohn, Sonstiges, Einheitspreis Menge EH und Positionspreis korrigiert worden sind. Dies würde aber auch dann, wenn der Gesamtpreis unverändert bleibt eine geänderte Kalkulation zumindest in diesen drei Positionen des Leistungsverzeichnisses ermöglichen. 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 gerade nicht alle Korrekturen im Angebot festgehalten wurden (vgl. Feststellungen). Auch ist der Sachverhalt mit dem gegenständlichen nicht vergleichbar, zumal es gegenständlich nicht nur um die Korrektur von Einheitspreisen geht, sondern gegenständlich in insbesondere 3 Positionen des Leistungsverzeichnisses die Postitionen Lohn, Sonstiges, Einheitspreis Menge EH und Positionspreis korrigiert worden sind. Dies würde aber auch dann, wenn der Gesamtpreis unverändert bleibt eine geänderte Kalkulation zumindest in diesen drei Positionen des Leistungsverzeichnisses ermöglichen. 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 gerade nicht alle Korrekturen im Angebot festgehalten wurden (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 Bieter 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 unbehebaren Mangel behaftet ist" (G.Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 107 Rz 18 ff.) 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 unbehebaren Mangel behaftet ist" (G.Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 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. Dies ist gegenständlich gerade der Fall. Der erkennende Senat geht davon aus, dass mit der zwingend formulierten Bestimmung des Paragraph 107, Absatz 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.

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

Nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Aus dem Wortlaut und der Genese der Formulierung der Ziffer 7 ist klar zu entnehmen, dass bei widersprechenden Angeboten der letzte Halbsatz dieser Ziffer "wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind" nicht anwendbar und daher eine Verbesserung eines Ausschreibungswiderspruches und eine Mängelbehebung ausgeschlossen sind. Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sind keiner Verbesserung zugänglich. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen sind daher ohne Gewährung einer

Verbesserungsmöglichkeit nach § 126 BVergG auszuschneiden. Dies bezieht sich insbesondere auf in den Ausschreibungsunterlagen formulierte (vergaberechtswidrige, aber präkludierte) Ausscheidungstatbestände. In einem solchen Fall wird jede Abweichung von den Bestimmungen der Ausschreibung als widersprechendes Angebot zu qualifizieren sein. Nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Aus dem Wortlaut und der Genese der Formulierung der Ziffer 7 ist klar zu entnehmen, dass bei widersprechenden Angeboten der letzte Halbsatz dieser Ziffer "wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind" nicht anwendbar und daher eine Verbesserung eines Ausschreibungswiderspruches und eine Mängelbehebung ausgeschlossen sind. Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sind keiner Verbesserung zugänglich. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen sind daher ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach Paragraph 126, BVergG auszuschneiden. Dies bezieht sich insbesondere auf in den Ausschreibungsunterlagen formulierte (vergaberechtswidrige, aber präkludierte) Ausscheidungstatbestände. In einem solchen Fall wird jede Abweichung von den Bestimmungen der Ausschreibung als widersprechendes Angebot zu qualifizieren sein.

Der gegenständlich zu beurteilende Fall ist auch nicht mit dem vom VwGH im Erkenntnis vom 12.05.2011, 2008/04/0087 zu beurteilende Sachverhalt vergleichbar. Diese Judikatur ist ausschließlich auf jene Sachverhalte anwendbar, in welchen es um die Frage geht, wie vorzugehen ist, wenn vorzulegende Nachweise nicht mit dem Angebot vorgelegt wurden. In einer solchen Sachverhaltskonstellation lässt sich auch objektiv nachvollziehen, ob der geforderte nachzuweisende Umstand im maßgeblichen Zeitpunkt bereits existierte oder nicht. Eine unterlassene Vorlage eines Prüfberichtes, bei welchem es sich um einen Nachweis iSd der Rechtsprechung handelt, welcher vor Angebotslegung bereits vorhanden war und dem Angebot lediglich nicht beigelegt war, kann nicht mit vergaberechtswidrigen Korrekturen im Angebot ohne Angabe von Datum und bestätigender Unterschrift verglichen werden, da, wie bereits an obiger Stelle thematisiert, in diesem Fall eben gerade nicht objektiv festgestellt werden kann, wann die Korrekturen vorgenommen worden sind.

Selbst wenn man entgegen der Rechtsansicht des erkennenden Senats davon ausgehen wollte, dass es sich im gegenständlichen Fall nicht 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 und die erstmalige Befassung (Mitarbeiterin hat die vergaberechtlichen Vorgaben nicht gekannt) mit den vergaberechtlichen und ausschreibungsgegenständlichen Bestimmungen, 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 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 und die erstmalige Befassung (Mitarbeiterin hat die vergaberechtlichen Vorgaben nicht gekannt) mit den vergaberechtlichen und ausschreibungsgegenständlichen Bestimmungen, 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).

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.

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

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsmangel, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Bauauftrag, Behebbarkeit von Mängeln, Bestandsfestigkeit, Bindungswirkung, fairer Wettbewerb, Form der Angebote, Fristablauf, Gleichbehandlung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Grundsatz der Transparenz, Kalkulation, Mängelbehebung, Mangelhaftigkeit, Manipulation,

Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung
Auftraggeberentscheidung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher
Auftraggeber, Parteistellung, Pauschalgebührenersatz, Plausibilität,
Schaden, Schreibfehler, spekulativer Preis, Transparenz,
Unbehebbarkeit, Verbesserung, Verbesserung der Wettbewerbsstellung,
Vergabeverfahren, Wesentlichkeit, Wettbewerbsrelevanz

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W138.2107225.2.00

Zuletzt aktualisiert am

31.08.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at