

TE Bvwg Erkenntnis 2014/6/5 W138 2007599-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.06.2014

Entscheidungsdatum

05.06.2014

Norm

AVG 1950 §45 Abs3
BVerGG 2006 §163
BVerGG 2006 §164
BVerGG 2006 §172
BVerGG 2006 §174
BVerGG 2006 §180 Abs1 Z2
BVerGG 2006 §187 Abs1
BVerGG 2006 §19 Abs1
BVerGG 2006 §2 Z16 lit a
BVerGG 2006 §2 Z8
BVerGG 2006 §231
BVerGG 2006 §240
BVerGG 2006 §248 Abs8
BVerGG 2006 §257 Abs1 Z2
BVerGG 2006 §267 Z2
BVerGG 2006 §269
BVerGG 2006 §269 Abs1 Z5
BVerGG 2006 §292 Abs1
BVerGG 2006 §312 Abs1
BVerGG 2006 §312 Abs2 Z2
BVerGG 2006 §316 Abs1 Z3
BVerGG 2006 §319 Abs1
BVerGG 2006 §319 Abs2
BVerGG 2006 §320
BVerGG 2006 §321 Abs4
BVerGG 2006 §322 Abs1
BVerGG 2006 §322 Abs2
BVerGG 2006 §4
B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

1. AVG 1950 § 45 gültig von 01.09.1950 bis 31.01.1991wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 51/1991
1. BVergG 2006 § 163 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 164 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 172 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 174 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 180 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012zuletzt 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 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt 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 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 231 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 240 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 240 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 240 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 240 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 248 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 248 gültig von 12.07.2013 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 248 gültig von 01.02.2006 bis 11.07.2013
1. BVergG 2006 § 257 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 257 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 257 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 267 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

- [illegible]

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W138 2007599-1/15E IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden sowie Mag. Franz Pachner als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Klimatisierung der Fluggastbrücken Pier Nord (Objekt 118) am Flughafen Wien-Schwechat" der Flughafen Wien AG, Postfach 1, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch Wolf & Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberttring 6, 1010 Wien, über den Antrag der XXXX vertreten durch Sollhart & Traumberger Rechtsanwälte OG, Grieskai 10, 8020 Graz, vom 05. Mai 2014 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden sowie Mag. Franz Pachner als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Klimatisierung der Fluggastbrücken Pier Nord (Objekt 118) am Flughafen Wien-Schwechat" der Flughafen Wien AG, Postfach 1, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch Wolf & Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberttring 6, 1010 Wien, über den Antrag der römisch 40 vertreten durch Sollhart & Traumberger Rechtsanwälte OG, Grieskai 10, 8020 Graz, vom 05. Mai 2014 zu Recht erkannt:

SPRUCH

A)

Der Antrag "die ihr mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.04.2014 bekannt gegebene Entscheidung, ihr Anbot betreffend die Ausschreibungsnummer: Z_2014_034 über die Klimatisierung der Fluggastbrücken Pier Nord (Objekt 118) am Flughafen Wien-Schwechat, gemäß § 269 Abs. 1 BVergG aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden, für nichtig zu erklären" wird gemäß § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG Der Antrag "die ihr mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.04.2014 bekannt gegebene Entscheidung, ihr Anbot betreffend die Ausschreibungsnummer: Z_2014_034 über die Klimatisierung der Fluggastbrücken Pier Nord (Objekt 118) am Flughafen Wien-Schwechat, gemäß Paragraph 269, Absatz eins, BVergG aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden, für nichtig zu erklären" wird gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG

abgewiesen.

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

abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgangrömisches eins. Verfahrensgang

Mit Schriftsatz vom 05.05.2014 hat die XXXX (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch Sollhart & Traumberger Rechtsanwälte OG, einen Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht. Angefochten wurde die mit Telefax vom 28.04.2014 der Flughafen Wien-AG (im Weiteren: Auftraggeberin), vertreten durch Wolf & Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, bekannt gegebene Ausscheidensentscheidung. Zusätzlich wurde auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Anträge auf Ersatz der für die Nachprüfung und den Provisorialantrag entrichteten Pauschalgebühren gestellt. Mit Schriftsatz vom 05.05.2014 hat die römisch 40 (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch Sollhart & Traumberger Rechtsanwälte OG, einen Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht. Angefochten wurde die mit Telefax vom 28.04.2014 der Flughafen Wien-AG (im Weiteren: Auftraggeberin), vertreten durch Wolf & Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, bekannt gegebene Ausscheidensentscheidung. Zusätzlich wurde auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Anträge auf Ersatz der für die Nachprüfung und den Provisorialantrag entrichteten Pauschalgebühren gestellt.

Begründet wurde der Antrag auf Nichtigerklärung vom 05.05.2014 im Wesentlichen damit, dass die Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb für Bauleistungen im Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes für die Klimatisierung der Fluggastbrücken Pier Nord (Objekt 118) am Flughafen Wien-Schwechat durchführe. Die Antragstellerin habe innerhalb offener Frist ein Angebot eingebracht. Am 26.03.2014 habe im Zeitraum von 10.00 Uhr bis 11.25 Uhr ein Verhandlungsgespräch stattgefunden. Dem Verhandlungsprotokoll sei unter Punkt 6. zu entnehmen, dass die Antragstellerin für die Verblechung einen Subunternehmer in Anspruch nehmen werde, welcher noch zu nennen gewesen sei. Weiters sei die Gewährleistungsfrist abweichend vom Anbot von 5 Jahre auf 3 Jahre reduziert worden. Während des Verhandlungsgesprächs sei der Vertreter der Antragstellerin darauf aufmerksam gemacht worden, dass in Position 016807A offensichtlich ein Rechenfehler vorliege, da die Leistungsposition offensichtlich nicht als Gesamtleistung, sondern für 16 Leistungen berechnet worden sei und die Leistungsposition somit 15 mal überhöht gewesen wäre. Die Antragstellerin habe aufforderungsgemäß das Anbot Last and final offer vom 01.04.2014 fristgerecht übergeben. Am 09.04.2014 habe ein Aufklärungsgespräch stattgefunden, in welchem die einzelnen Leistungspositionen durchbesprochen worden seien und vom Vertreter der Antragstellerin erklärt worden seien. Unter dem Punkt Antwort findet sich der Stehsatz "nicht plausibel erklärbar" ohne der Dokumentationspflicht des BVergG zu entsprechen. Die Antragstellerin sei sodann seitens der Auftraggeberin mit Fax vom 09.04.2014 aufgefordert worden, eine schriftliche Aufklärung abzugeben,

Die Antragstellerin sei dieser Aufforderung mit Schreiben vom 15.04.2014 unter Beischluss des Anbots des Subunternehmers nachgekommen. Mit Telefax der Auftraggeberin vom 28.04.2014 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass das Anbot aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden werde. Die Antragstellerin habe ein immanentes wirtschaftliches Interesse am Vertragsabschluss. Die Antragstellerin sei im Baugewerbe in ganz Österreich tätig und habe bereits Referenzprojekte, unter anderem für die Auftraggeberin, durchgeführt. Überdies habe die Antragstellerin das günstigste Angebot im Sinne des Billigstbieterprinzips gelegt. Durch die Ausscheidung des Angebotes komme es zu einer schwerwiegenden Schädigung der Reputation der Antragstellerin. Auch sei ihr die Möglichkeit genommen, ein weiteres Referenzprojekt abzuwickeln. Die Antragstellerin erachte sich im subjektiven Recht auf Erhalt des Zuschlags als Billigstbieterin, einer den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechenden Prüfung und Bewertung ihres Angebotes, sowie im Recht auf Erhalt des Grundsatzes eines fairen lauten Wettbewerbes verletzt. Der von der Auftraggeberin herangezogene Ausscheidensgrund des beim Last & Final Offer gegenüber dem Erstangebot unverändert abgegebenen K3-Blattes sei nicht rechtskonform. Da die Antragstellerin zum Anbotsschreiben zum Last & Final Offer ein zur Gänze ausgepreistes Leistungsverzeichnis abgegeben habe, sei in der Änderung des K3-Blattes keine Begünstigung der Position der Antragstellerin gegenüber den anderen Bietern zu erkennen, sodass ein behebbarer Mangel vorliegen würde. Auch bei der unterlassenen Nennung des Subunternehmers handle es sich um einen behebbaren Mangel und sei weder dem Verhandlungsprotokoll vom 26.03.2014, noch dem Aufklärungsgespräch vom 09.04.2014 eine Aufforderung zur Nennung von Subunternehmen zu entnehmen. Auch liege in Position 016804B (Verkleidung Rohrtrasse) keine un plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vor. Dem Schreiben vom 15.04.2014 sei ein Anbot des Subunternehmers angeschlossen gewesen. Die Auftraggeberin könne aus wirtschaftlichen Überlegungen nicht davon ausgehen, dass die Antragstellerin den Anbotspreis des Subunternehmers weiter gäbe,

ohne eigene Leistungen zu verrechnen. Hinsichtlich Position 016806A-F (Kältemittelleitungen) sei festzuhalten, dass der Kupferpreis einer täglichen Schwankung unterliege. Dies habe die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 15.04.2014 auch klar gestellt. Eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises in der gegenständlichen Position sei daher nicht gegeben.

Die Auftraggeberin erteilte mit Schriftsatz vom 09.05.2014 die angeforderten allgemeinen Informationen zum Vergabeverfahren.

Am 13.05.2014 wurden sämtliche Unterlagen des gegenständlichen Verfahrens im Original vorgelegt.

In der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 15.05.2014 führte diese im Wesentlichen aus, dass das Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag vom 05.05.2014 unrichtig sei und dieses daher zur Gänze bestritten werde. Laut Ausschreibungsunterlagen (Punkt 6.1 "Einlage A, Angebotsschreiben zur Ausschreibung") müsse das K3-Blatt bereits mit dem Angebot (Erstangebot) eingereicht werden. Gemäß Ausschreibungsbestimmungen bzw. Angebotsschreiben zum Last & Final Offer ("Einlage A2") wäre das K3-Blatt mit dem Angebot (Last & Final Offer) nochmals vorzulegen, falls Veränderungen zwischen den Preisen des Erstangebotes und des Last & Final Offer vorliegen sollten. Laut Punkt 1.8 Einlage B Vergabebestimmungen zur Ausschreibung müssten sämtliche (auch nicht wesentliche) Subunternehmer unter Angabe des Leistungsteiles namentlich bekannt gegeben werden. Gemäß Punkt 4.1.3. der Einlage B Vergabebestimmungen habe die Auftraggeberin mit den Bieter Verhandlungen geführt und diese zur Legung des Letztangebotes aufgefordert. Die Angebotsfrist für die Legung des Letztangebotes habe am 01.04.2014 11.00 Uhr geendet. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Last & Final Offer gelegt. Die Antragstellerin habe das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt. Das Angebot der Antragstellerin sei jedoch nicht ausschreibungskonform bzw. mit einem unbehebbaen Mangel behaftet und habe daher ausgeschieden werden müssen. Das Angebot der Antragstellerin sei geprüft worden und sei die Antragstellerin zur Aufklärung unplausibler Preispositionen und der unplausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises aufgefordert worden. Weiters sei der Antragstellerin vorgehalten worden, dass sie keine Subunternehmer in ihrem Angebot benannt habe. Mit Telefax vom 28.04.2014 sei der Antragstellerin die gegenständlich angefochtene Ausscheidungsentscheidung übermittelt worden. Die Rechtsprechung "Fast Web" wäre nicht einschlägig, da die von der Antragstellerin behaupteten Ausscheidensgründe in Bezug auf ihre Mitbewerber nicht ident mit jenen Ausscheidensgründen wären, auf Grund derer das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden sei. Die Angebotsfrist für die Erstangebote habe am 20.03.2014, 12.00 Uhr, geendet. Die Antragstellerin habe in ihrem Erstangebot unter Punkt 5 Subunternehmer folgendes angeboten: "Verblechung, noch unklar, ungefähr 15%". Die Antragstellerin habe damit in ihrem Erstangebot klar zum Ausdruck gebracht, dass sie sich für den Leistungsteil Verblechung im Ausmaß von rund 15% eines Subunternehmers bedienen würde. Die Antragstellerin habe in ihrem Erstangebot aber keinen Subunternehmer namentlich genannt. Dies widerspreche nicht nur Punkt

1.8. der Ausschreibungsbestimmungen ("Einlage B Vergabebestimmungen Ausschreibungen"), sondern § 257 Abs. 1 Z 2 BVergG, wonach die in Frage kommenden Subunternehmer bereits mit dem Angebot bekannt zu geben sind. Dabei handle es sich nicht um einen behebbaren Mangel. Die Unbehebbarkeit dieses Mangels ergebe sich bereits aus der der Antragstellerin länger zur Verfügung stehenden Zeit für die Konkretisierung des Angebotsinhaltes (Verhandlung von Konditionen mit Subunternehmern) der laut höchstgerichtlicher Judikatur einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil darstellen würde. Im gegenständlichen Fall sei unerheblich, ob es sich um einen notwendigen oder nicht notwendigen Subunternehmer handle. Im Aufklärungsgespräch vom 26.03.2014 habe die Antragstellerin noch immer keinen Subunternehmer benannt. Die Antragstellerin sei daher ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass der Name des auszuführenden Subunternehmers für den Leistungsteil Verblechung nachzureichen sei. In der Aufforderung zum Last & Final Offer (Punkt 5. Subunternehmer) wurden die Bieter ebenfalls aufgefordert, sämtliche Subunternehmer zu benennen. Die Angebotsfrist für die Legung eines Letztangebotes habe am 01.04.2014, 11.00 Uhr, geendet. Die Antragstellerin habe auch in ihrem Last & Final Offer unter Punkt 5. "Subunternehmer" ausgeführt: "Verkleidung, noch unklar, ungefähr sieben Prozent". Die Antragstellerin habe damit auch in ihrem Last & Final Offer klar zum Ausdruck gebracht, dass sie sich für den Leistungsteil Verkleidung im Ausmaß von rund 7% eines Subunternehmers bedienen werde. Auch im Last & Final Offer der Antragstellerin werde aber kein Subunternehmer namentlich benannt. Erst nach weiterem Ersuchen zur Aufklärung habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 15.04.2014 ein Angebot der Firma H. ALBRICH GesmbH, sowie eine E-Mail der Hochegger Dächer GmbH vom 01.04.2014 vorgelegt. Auch zu diesem Zeitpunkt benannte die Antragstellerin nicht jenen Subunternehmer, der die auftragsgegenständliche Leistung konkret

ausführen sollte. Erst dem Nachprüfungsantrag sei zu entnehmen, dass die Hohegger Dächer GmbH als Subunternehmer für den Leistungsteil Verkleidung eingesetzt werden solle. Aus diesen Gründen sei das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen, wobei sich der Ausscheidensgrund auch eindeutig auf Grund der Aktenlage des Vergabeverfahrens ergebe. 1.8. der Ausschreibungsbestimmungen ("Einlage B Vergabestimmungen Ausschreibungen"), sondern Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, wonach die in Frage kommenden Subunternehmer bereits mit dem Angebot bekannt zu geben sind. Dabei handle es sich nicht um einen behebbaren Mangel. Die Unbehebbarkeit dieses Mangels ergebe sich bereits aus der der Antragstellerin länger zur Verfügung stehenden Zeit für die Konkretisierung des Angebotsinhaltes (Verhandlung von Konditionen mit Subunternehmern) der laut höchstgerichtlicher Judikatur einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil darstellen würde. Im gegenständlichen Fall sei unerheblich, ob es sich um einen notwendigen oder nicht notwendigen Subunternehmer handle. Im Aufklärungsgespräch vom 26.03.2014 habe die Antragstellerin noch immer keinen Subunternehmer benannt. Die Antragstellerin sei daher ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass der Name des auszuführenden Subunternehmers für den Leistungsteil Verblechung nachzureichen sei. In der Aufforderung zum Last & Final Offer (Punkt 5. Subunternehmer) wurden die Bieter ebenfalls aufgefordert, sämtliche Subunternehmer zu benennen. Die Angebotsfrist für die Legung eines Letztangebotes habe am 01.04.2014, 11.00 Uhr, geendet. Die Antragstellerin habe auch in ihrem Last & Final Offer unter Punkt 5. "Subunternehmer" ausgeführt: "Verkleidung, noch unklar, ungefähr sieben Prozent". Die Antragstellerin habe damit auch in ihrem Last & Final Offer klar zum Ausdruck gebracht, dass sie sich für den Leistungsteil Verkleidung im Ausmaß von rund 7% eines Subunternehmers bedienen werde. Auch im Last & Final Offer der Antragstellerin werde aber kein Subunternehmer namentlich benannt. Erst nach weiterem Ersuchen zur Aufklärung habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 15.04.2014 ein Angebot der Firma H. ALBRICH GesmbH, sowie eine E-Mail der Hohegger Dächer GmbH vom 01.04.2014 vorgelegt. Auch zu diesem Zeitpunkt benannte die Antragstellerin nicht jenen Subunternehmer, der die auftragsgegenständliche Leistung konkret ausführen sollte. Erst dem Nachprüfungsantrag sei zu entnehmen, dass die Hohegger Dächer GmbH als Subunternehmer für den Leistungsteil Verkleidung eingesetzt werden solle. Aus diesen Gründen sei das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen, wobei sich der Ausscheidensgrund auch eindeutig auf Grund der Aktenlage des Vergabeverfahrens ergebe.

Laut Ausschreibungsunterlagen (Punkt 6.1 "Einlage A, Angebotsschreiben zur Ausschreibung") müsse das K3-Blatt mit dem Angebot (Erstangebot) eingereicht werden. Gemäß Ausschreibungsbestimmungen bzw. Angebotsschreiben zum Last & Final Offer ("Einlage A2") wäre das K3-Blatt mit dem Angebot (Last & Final Offer) nochmals vorzulegen, falls Veränderungen zwischen den Preisen des Erstangebotes und des Last & Final Offer vorliegen würden. Die Antragstellerin habe mit ihrem Last & Final Offer ein fehlerhaftes K3-Blatt abgegeben. Konkret habe sie dasselbe K3-Blatt wie für das Erstangebot abgegeben, obwohl das Last & Final Offer einen neuen Preis ausweise und dem Last & Final Offer damit eine neue Kalkulation zugrunde liegen müsse. Auch aus diesem Grund sei das Angebot der Antragstellerin mit der Ausscheidensentscheidung vom 28.04.2014 aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden. Im gegenständlichen Fall handle es sich nicht um den Fall eines fehlenden K-Blattes, sondern eines schlichtweg falschen K-Blattes. Ein falsches K-Blatt könne aber keiner Verbesserung zugänglich sein. Das von der Antragstellerin mit dem Last & Final Offer eingelangte K3-Blatt stimme mit dem Last & Final Offer der Antragstellerin nicht überein. Eine neue Kalkulation des Angebotes und somit des K-Blattes sei aber jedenfalls nicht zulässig. Die Antragstellerin habe in ihrem Erstangebot in der Position "016807A Z Abdekarbeiten" diese nicht nur einmal, sondern sechszehnmals angeboten. Es handle sich in diesem Fall nicht um einen Rechenfehler, sondern es läge ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot vor. Die Leistungsposition sei 15 mal überhöht verrechnet und angeboten worden. Verlangt gewesen sei, den Preis für eine einmalige Leistung anzubieten. Auch aus diesem Grund sei das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Hinsichtlich der Position 016804 B (Verkleidung Rohrtrasse) werde ausgeführt, dass die Antragstellerin im Erstangebot in dieser Position sowohl Lohn, als auch sonstige Kosten angeboten habe. Im Last & Final Offer habe die Antragstellerin einen Einheitspreis angeboten, wobei die Lohnkosten mit einem Strich ausgewiesen seien. Die Antragstellerin sei um Aufklärung ersucht worden und habe die gegenständliche Position nicht plausibel erklären können. Infolge dessen sei das Angebot ausgeschieden worden. Die Antragstellerin bringe dazu vor, dass kein unplausibler Preis vorläge und erkläre die Verteuerung der gegenständlichen Position aus der Differenz zum Einkaufspreis des Subunternehmers. Sie bringe weiters vor, dass sich eine Verteuerung dadurch ergebe, dass die Antragstellerin selbst ihre Verkleidung montiere und befestige und diese Leistung weiter verrechnen werde, wodurch sich ein entsprechender Aufschlag ergebe. Das Vorbringen der

Antragstellerin sei jedoch ungeeignet, den Positionspreis der Antragstellerin im Angebot zu plausibilisieren. Eine Arbeitsleistung hätte als solche in der entsprechenden Spalte "Lo" ausgewiesen werden müssen. Der gegenständliche Preis sei unplausibel, da die Arbeitsleistung eben gerade nicht in die Position "Sonstiges" eingerechnet werden dürfe. Die Antragstellerin habe in ihrem Last & Final Offer einen Subunternehmerzuschlag von 9% angeboten. Unter Heranziehung der Angaben der Antragstellerin vom 15.04.2014, wonach der Einheitspreis für die Position "Verkleidung Rohrtrasse" mit 110/m² anzusetzen sei, hätte die Antragstellerin im Last & Final Offer einen Positionspreis von Euro 119,9 pro Quadratmeter für die Position "Sonstige Kosten" ansetzen müssen. Hieraus ergäbe sich, dass der Preis im Angebot der Antragstellerin unplausibel sei. Das Angebot der Antragstellerin sei daher aus dem Grund der spekulativen Preisgestaltung auszuschneiden gewesen. Die Antragstellerin habe in ihrem Erstanteget in den Positionen 016806A-F Preise angeboten, die sich in ihrem Last & Final Offer erheblich reduzierten. In fünf der sechs Positionen habe sich der Preis für die sonstigen Kosten um mehr als die Hälfte im Vergleich zum Erstanteget der Antragstellerin reduziert. Im Aufklärungsschreiben vom 15.04.2014 habe die Antragstellerin die erhebliche Reduktion der Preise in der Position 016806A-F im Vergleich mit dem Erstanteget mit einer irrtümlichen Annahme einer Gewährleistungsfrist von 5 statt der gemäß Ausschreibungsunterlagen geforderten 3 Jahren erklärt. Dem Erstanteget der Antragstellerin liege somit ein Kalkulationsfehler zugrunde. Da ein in den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot der Antragstellerin vorläge, sei dieses auszuschneiden gewesen. Weiters berufe sich die Antragstellerin zur Begründung des Preisnachlasses in den oben genannten Positionen auf eine Schwankung bzw. Reduktion des Kupferpreises. Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin habe sich der Kupferpreis im Vergleich zwischen Erstanteget und Last & Final Offer nicht reduziert, sondern erhöht. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot in mehreren Positionen im Leistungsverzeichnis einen Strich und keinen Preis eingetragen. Das Ausstreichen bzw. das Eintragen eines Schrägstriches werde von der Judikatur insbesondere dann, wenn dazu keine Erläuterungen im Angebot enthalten seien als widersprechendes und damit mangelhaftes Angebot angesehen. Das Nichtausfüllen von mehreren Positionen verstoße gegen die Ausschreibungsbestimmungen, weshalb das Angebot auszuschneiden sei.

Mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 04.06.2014 brachte diese soweit entscheidungswesentlich vor, dass der Entscheidung des EuGH vom 04.07.2013, C-100/12 nicht zu entnehmen sei, dass alle Angebote denselben Ausscheidensgrund aufweisen müssten. Die Nennung eines nicht eignungsrelevanten Subunternehmers sei ein behebbarer Mangel und könne auch die Wettbewerbsstellung des Bieters durch die Mangelbehebung nicht verbessert werden.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Auf Grund der vorgelegten Stellungnahmen, der beziehnehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens wird der folgende entscheidungswesentliche Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin führt unter der Bezeichnung "Klimatisierung der Fluggastbrücken Pier Nord (Objekt 118) am Flughafen Wien-Schwechat" ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich mit dem Ziel des Abschlusses eines Bauauftrages nach den Billigstbieterprinzip durch. Der von der Auftraggeberin geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer beträgt Euro 620.000,--.

Die Auftraggeberin hat im Vergabeverfahren den Bieterinnen eine Ausschreibungsunterlage bestehend aus

Einlage A Angebotsschreiben zur Ausschreibung,

Einlage B Vergabebestimmungen zur Ausschreibung,

Einlage C1 Allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen der FWAG für materielle Leistungen,

Einlage C2 besondere rechtliche Vertragsbestimmungen für den Einzelfall,

Einlage D Leistungsverzeichnis zur Ausschreibung,

Einlage E Richtlinien, für die Planung der technischen Anlagen am Flughafen Wien-Schwechat,

Einlage F Bilddokumentation der klimatisierte FGB zur Ausschreibung,

Einlage G Muster Bankgarantie,

Einlage H Steuerungsterminplan und

Einlage I MusterdeckblattEinlage römisch eins Musterdeckblatt

zur Verfügung gestellt.

Punkt 2 der Einlage A Angebotsschreiben zur Ausschreibung hält fest, dass für das gegenständliche Vergabeverfahren als Verfahrensbestimmung das Bundesvergabegesetz - Sektorenbereich und die besonderen Vergabebestimmungen für den Einzelfall (Einlage B) maßgebend sind.

Punkt 8 der Einlage A "Subunternehmer" bestimmt, dass "der Bieter (bzw. die Bietergemeinschaft) hat anhand der nachfolgenden Aufstellung bekannt zu geben, welche Leistungen zur Weitergabe an Subunternehmer beabsichtigt sind. Der Bieter hat die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer zunächst zu nennen und im Auftragsfall genehmigen zu lassen."

Punkt 1.8 "Bieter-/Arbeitsgemeinschaften und Zulässigkeit der Subunternehmen" der Einlage B bestimmt [...] "die Weitergabe von Teilen der gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen an Subunternehmer wird auf maximal 80% der Gesamtauftragssumme beschränkt. Im Fall einer möglichen Beauftragung von Subunternehmen sind Angaben über die Leistungsteile, den prozentuellen Anteil an der Gesamtsumme, Name und Anschrift des Subunternehmers in Einlage A in das entsprechende Feld einzutragen" (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Gemäß der "Öffnung der Angebote - Niederschrift" vom 20.03.2014 langte das Angebot der Antragstellerin fristgerecht bis zum Ende der Angebotsfrist am 20.03.2014, 12.00 Uhr, ein. Einlage A Angebotsschreibung zur Ausschreibung der Antragstellerin enthält unter Punkt 8 "Subunternehmer" folgende Eintragung: "Leistung:

Verblechung; Subunternehmer: noch offen, Prozente der Angebotssumme:

rund 15%", auch an keiner anderen Stelle des Angebots der Antragstellerin findet sich ein Hinweis auf den bekannt zu gebenden Subunternehmer (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Unter Punkt 6 "Subunternehmer" des Verhandlungsprotokolles mit der Antragstellerin vom 26.03.2014 wurde festgehalten: "Aus heutiger Sicht wird der Bieter folgende Sub-Unternehmer einsetzen:

Verblechung Subunternehmer ist noch zu nennen 15%

Sollte jedoch zu einem späteren Zeitpunkt ein Subunternehmer eingesetzt werden, so ist hierzu die schriftliche Zustimmung des Auftraggebers einzuholen.

Der Subunternehmerzuschlag liegt laut Angebot des Bieters bei 13,70%".

Mit E-Mail vom 28.03.2014 der Auftraggeberin wurden der Antragstellerin die Unterlagen zum Last & Final Offer zum Vergabeverfahren übermittelt und darauf hingewiesen, dass die Angebotsabgabe für das Last & Final Offer bis 01.04.2014, 11.00 Uhr, zu erfolgen hat.

Punkt 5. "Subunternehmer" der Einlage A Angebotsschreiben Last & Final Offer zur Ausschreibung der Antragstellerin ist folgende Eintragung zu entnehmen:

"Leistungen: Verkleidung; Subunternehmer: noch unklar; Prozent der Angebotssumme: rund 7%".

Der "Öffnung der LAFOs-Niederschrift" vom 01.04.2014 der Auftraggeberin ist zu entnehmen, dass das Last & Final Offer der Antragstellerin fristgerecht einlangte. Mit Schreiben vom 09.04.2014 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass bei der Prüfung des Last & Final Offer vom 01.04.2014 begründete Zweifel an der Angemessenheit der Preise festgestellt wurden. Es wurde um schriftliche Aufklärung der im Schreiben angeführten Leistungspositionen bis 16.04.2014, 12.00 Uhr, einlangend ersucht und darauf hingewiesen, dass gemäß § 269 Abs. 2 BVergG Angebote, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, vom Vergabeverfahren ausgeschieden werden können. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 15.04.2014 teilte diese mit: Der "Öffnung der LAFOs-Niederschrift" vom 01.04.2014 der Auftraggeberin ist zu entnehmen, dass das Last & Final Offer der Antragstellerin fristgerecht einlangte. Mit Schreiben vom 09.04.2014 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass bei der Prüfung des Last & Final Offer vom 01.04.2014 begründete Zweifel an der Angemessenheit der Preise festgestellt wurden. Es wurde um schriftliche Aufklärung der im Schreiben angeführten Leistungspositionen bis 16.04.2014, 12.00 Uhr, einlangend ersucht und darauf hingewiesen, dass gemäß Paragraph 269, Absatz 2, BVergG Angebote, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, vom Vergabeverfahren ausgeschieden werden können. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 15.04.2014 teilte diese mit:

"ad.Pos. 016804B - Verkleidung Rohrtrasse

A) Basis für unser Erstangebot vom 20.03.2014 war für diese Position

das Angebot der Firma XXXX vom 19.03.2014, siehe Beilage, welche auch die Ausführung der ersten Verkleidung im Auftrag vom Flughafen Wien durchgeführt hat. das Angebot der Firma römisch 40 vom 19.03.2014, siehe Beilage, welche auch die Ausführung der ersten Verkleidung im Auftrag vom Flughafen Wien durchgeführt hat.

Einheitspreis Einkauf a Euro XXXX pro m² und Einheitspreis Verkauf a XXXX Euro exkl. Mehrwertsteuer. Wir haben uns bereits in der Erstangebotsphase bemüht, diesbezüglich mehrere Preise einzuholen. Bis zum Ende der 1. Abgabe haben wir jedoch keinen günstigeren Preis erhalten. Einheitspreis Einkauf a Euro römisch 40 pro m² und Einheitspreis Verkauf a römisch 40 Euro exkl. Mehrwertsteuer. Wir haben uns bereits in der Erstangebotsphase bemüht, diesbezüglich mehrere Preise einzuholen. Bis zum Ende der 1. Abgabe haben wir jedoch keinen günstigeren Preis erhalten.

B)

In der Folge haben wir von der Firma XXXX für diese Position ein Angebot erhalten (siehe Anlage Mail vom 01.04.2014, 08.05 Uhr). Damit konnte für diese Leistungsposition eine wesentliche Kostenreduktion umgesetzt werden. In der Folge haben wir von der Firma römisch 40 für diese Position ein Angebot erhalten (siehe Anlage Mail vom 01.04.2014, 08.05 Uhr). Damit konnte für diese Leistungsposition eine wesentliche Kostenreduktion umgesetzt werden.

Einheitspreis Einkauf a Euro XXXX pro m² und Einheitspreis Verkauf a Euro XXXX
Einheitspreis Einkauf a Euro römisch 40 pro m² und Einheitspreis Verkauf a Euro römisch 40 .

Das E-Mail der Firma XXXX hat nachfolgenden Inhalt
Das E-Mail der Firma römisch 40 hat nachfolgenden Inhalt:

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.04.2014 wurde die Antragstellerin vom Ausscheiden ihres Angebotes verständigt und enthält dieses Schreiben insbesondere nachfolgenden Passus:

[...]

3. Inhaltliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt I. Zu Spruchpunkt römisch eins.

Die Zuschlagsentscheidung vom 06.05.2014 wurde von der Auftraggeberin am 08.05.2014 zurückgenommen, eine neue Zuschlagsentscheidung wurde bis dato nicht bekannt gegeben. Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens ist somit allein die Beurteilung, ob das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgt ist.

Das Angebot der Antragstellerin wurde von der Auftraggeberin einerseits wegen der unterlassenen Nennung von Subunternehmern, andererseits wegen diverser Ausschreibungswidrigkeiten (siehe im Detail Ausscheidensentscheidung vom 28.04.2014) nach § 269 Abs. 1 BVergG ausgeschieden. Nach Ansicht der Auftraggeberin handelt sich bei den Mängeln um unbehebbar bzw. nicht behobene Mängel, die zwingend zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin zu führen hatten. Dies ist, wie im Folgenden dargelegt wird, jedenfalls in Bezug auf folgenden Mangel zutreffend:
Das Angebot der Antragstellerin wurde von der Auftraggeberin einerseits wegen der unterlassenen Nennung von Subunternehmern, andererseits wegen diverser Ausschreibungswidrigkeiten (siehe im Detail Ausscheidensentscheidung vom 28.04.2014) nach Paragraph 269, Absatz eins, BVergG ausgeschieden. Nach Ansicht der Auftraggeberin handelt sich bei den Mängeln um unbehebbar bzw. nicht behobene Mängel, die zwingend zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin zu führen hatten. Dies ist, wie im Folgenden dargelegt wird, jedenfalls in Bezug auf folgenden Mangel zutreffend:

Von der Auftraggeberin wurde in der Ausscheidensentscheidung unter anderem der folgende Grund herangezogen:

[...]

Das BVwG hat nunmehr zu prüfen, ob der genannte Ausscheidensgrund vorliegt und Gemäß § 248 Abs 8 BVergG gilt im Unterschwellenbereich bezüglich Subunternehmerleistungen der § 240 BVergG. Wird ein Subunternehmer nicht zum Nachweis der Eignung des Bieters benötigt, so liegt ein nicht eignungsrelevanter Subunternehmer vor. Der Sektorenauftraggeber muss auch beim nicht eignungsrelevanten Subunternehmer prüfen, ob dieser über die zur Erbringung seines Leistungsteils erforderliche Eignung verfügt. Daher hat der Bieter auch sämtliche nicht eignungsrelevanten Subunternehmer, an die er Leistungsteile weiterzugeben beabsichtigt, bekannt zu geben und

nachzuweisen, dass diese für die Erbringung des jeweils zugewiesenen Leistungsteiles geeignet sind. Im gegenständlichen Fall hat die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass nicht nur die wesentlichen Teile des Auftrages, welche der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Weg von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekanntzugeben sind, sondern alle Teile des Auftrages, welche an Subunternehmer vergeben werden sollen. Trifft der Sektorenauftraggeber, wie im gegenständlichen Fall keine Einschränkung hinsichtlich der Subunternehmer, so sind vom Bieter sämtliche potenziellen Subunternehmer samt den jeweiligen Leistungsteilen bekanntzugeben und die jeweiligen Eignungsnachweise vorzulegen. Das BVwG hat nunmehr zu prüfen, ob der genannte Ausscheidungsgrund vorliegt und Gemäß Paragraph 248, Absatz 8, BVergG gilt im Unterschwellenbereich bezüglich Subunternehmerleistungen der Paragraph 240, BVergG. Wird ein Subunternehmer nicht zum Nachweis der Eignung des Bieters benötigt, so liegt ein nicht eignungsrelevanter Subunternehmer vor. Der Sektorenauftraggeber muss auch beim nicht eignungsrelevanten Subunternehmer prüfen, ob dieser über die zur Erbringung seines Leistungsteils erforderliche Eignung verfügt. Daher hat der Bieter auch sämtliche nicht eignungsrelevanten Subunternehmer, an die er Leistungsteile weiterzugeben beabsichtigt, bekannt zu geben und nachzuweisen, dass diese für die Erbringung des jeweils zugewiesenen Leistungsteiles geeignet sind. Im gegenständlichen Fall hat die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass nicht nur die wesentlichen Teile des Auftrages, welche der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Weg von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekanntzugeben sind, sondern alle Teile des Auftrages, welche an Subunternehmer vergeben werden sollen. Trifft der Sektorenauftraggeber, wie im gegenständlichen Fall keine Einschränkung hinsichtlich der Subunternehmer, so sind vom Bieter sämtliche potenziellen Subunternehmer samt den jeweiligen Leistungsteilen bekanntzugeben und die jeweiligen Eignungsnachweise vorzulegen.

Gemäß § 267 Abs. 2 Z 2 BVergG ist bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, im Einzelnen zu prüfen nach Maßgabe des § 231 BVergG die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistung - der namhaft gemachten Subunternehmer. Gemäß Paragraph 267, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ist bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, im Einzelnen zu prüfen nach Maßgabe des Paragraph 231, BVergG die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistung - der namhaft gemachten Subunternehmer.

Gemäß § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG hat der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden: Gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG hat der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden:

Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.

§ 269 Abs. 2 BVergG normiert, dass vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung der Sektorenauftraggeber im Unterschwellenbereich Angebote von Bieter gemäß den in Abs.1 genannten Gründen ausschneiden kann. Paragraph 269, Absatz 2, BVergG normiert, dass vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung der Sektorenauftraggeber im Unterschwellenbereich Angebote von Bieter gemäß den in Absatz eins, genannten Gründen ausschneiden kann.

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 vom 07.11.2005, 2003/04/0135; dem folgend und anderen BVA vom 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27; ZVB 2008, 209 [Hackl]).

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 vom 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, RN 89). 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 vom 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, RN 89).

Bei der Erstellung der Angebote sind die Bieter auch im Verhandlungsverfahren an die Ausschreibung gebunden und dürfen davon nicht abweichen (BVA vom 16.08.2012, N/0070-BVA/10/2012-39 mit weiteren Nachweisen; BVA vom 14.12.2012, N/0102-BVA/09/2012-46). Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen haben, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (unter anderem BVA vom 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer im Gast (Herausgeber), BVergG Leitsatz Kommentar, E53 zu § 321). Bei der Erstellung der Angebote sind die Bieter auch im Verhandlungsverfahren an die Ausschreibung gebunden und dürfen davon nicht abweichen (BVA vom 16.08.2012, N/0070-BVA/10/2012-39 mit weiteren Nachweisen; BVA vom 14.12.2012, N/0102-BVA/09/2012-46). Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen haben, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (unter anderem BVA vom 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer im Gast (Herausgeber), BVergG Leitsatz Kommentar, E53 zu Paragraph 321,).

Das bedeutet in weiterer Folge auch, dass es dem Bundesverwaltungsgericht verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15.09.2004, 2004/04/0054; VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH vom 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0135; für viele unter anderem BVA vom 08.02.2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mit weiteren Nachweisen).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914 ff ABGB zu erfolgen (siehe unter anderem BVA vom 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechtes, ÖZW 1999,1). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914, ff ABGB zu erfolgen (siehe unter anderem BVA vom 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechtes, ÖZW 1999,1).

Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihren objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist viel mehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157, ebenso unter anderem BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mit weiteren Nachweisen; BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; in diesem Sinne etwa auch EuG vom 10.12.2009, RsT-195/08, Antwerpse Bouwwerke NV gegen EK, Rz 51 mit weiteren Nachweisen der Rechtsprechung: "Eine im Lastenheft vorgesehene Bedingung ist nach Maßgabe ihres Zwecks ihrer Systematik und ihres Wortlautes auszulegen.").

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 vom 04.06.2012, N/0045-BV/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). 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 vom 04.06.2012, N/0045-BV/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes).

Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH vom 21.11.2011, 2006/04/0024).

Der objektive Erklärungswert der Bestimmungen

des Punktes 8. Subunternehmer der Einlage A Angebotsschreiben zur Ausschreibung,

des Punktes 1.8. Bieter-/Arbeitsgemeinschaften und Zulässigkeit von Subunternehmern der Einlage B Vergabebestimmungen zur Ausschreibung sowie

des Punktes 5. Subunternehmer der Einlage A Angebotsschreiben last and final offer zur Ausschreibung

ist, dass der Bieter verpflichtend bekannt zu geben hat, welche Leistungen zur Weitergabe an Subunternehmer vorgesehen sind und der Bieter die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer zu nennen und im Auftragsfall genehmigen zu lassen hat.

Dem objektiven Erklärungswert der vorgenannten Punkte ist weiters zu entnehmen, dass die Auftraggeberin in den vorgenannten Bestimmungen festgelegt hat, dass nicht nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zugeben sind, sondern sämtliche an Subunternehmer zu vergebende Leistungen.

Überdies wird die Nennung von Subunternehmern nicht auf eignungsrelevante Subunternehmer beschränkt, sodass zwingend auch nicht eignungsrelevante Subunternehmer zu nennen sind.

Nunmehr ist den Vergabeunterlagen zweifelsfrei zu entnehmen, dass die Antragstellerin beabsichtigte einen Leistungsteil (Verblechung) an einen Subunternehmer weiter zu geben, diesen aber weder in deren Angebot, noch im Aufklärungsgespräch bzw. im last and final offer namentlich bekannt gegeben hat.

Auch zum Zeitpunkt der Abgabe des last and final offer wurde daher nicht bekannt gegeben, welcher Subunternehmer im Auftragsfalle von der Antragstellerin beauftragt worden wäre.

Indem die Antragstellerin insbesondere in ihrem last off final offer zwar den Teil des Auftrages, den sie im Wege eines Subauftrages an einen Dritten zu vergeben beabsichtigt, bekanntgegeben hat, entgegen den Vorgaben der Ausschreibung aber den dafür in Frage kommenden Subunternehmer nicht namentlich genannt hat, hat die Antragstellerin jedenfalls gegen die bestandfesten Ausschreibungsbedingungen verstoßen.

Damit stellt sich die Frage, wie ein Auftraggeber, der mit dieser Situation konfrontiert ist, rechtsrichtig zu reagieren hat. Im Einzelnen stellt sich die Frage, ob der vorgenannte Mangel verbesserungsfähig ist, bzw. ob eine Aufklärung zu erfolgen hat.

§ 269 Abs. 1 Z 5 BVergG nennt 5 Fallgruppen: Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG nennt 5 Fallgruppen:

Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote,

nicht zugelassene Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote,

nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote,

Alternativangebote, welche die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie

fehlerhafte oder unvollständige Angebote.

Wie bereits an obiger Stelle ausgeführt, kann der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen nur dahin interpretiert werden, dass es dem Bieter nicht erlaubt ist, Subunternehmer auch nach Angebotseröffnung (last and final offer) namhaft zu machen.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber zum Zweck der transparenten Verfahrensstrukturierung dem Bieter bzw. den Bietern den Abschluss der Verhandlung vorab bekannt zu geben hat. Dies kann in den Ausschreibungsunterlagen oder unmittelbar vor Einholung des Letztangebotes geschehen. Hinsichtlich des Letztangebotes sind nur noch Aufklärungsgespräche zulässig, nicht jedoch Verhandlungen. Es ist die

Angebotsprüfung und allenfalls ein Mängelbehebungsverfahren durchzuführen. Diesen Vorgaben hat die Auftraggeberin mit Versand der last and final offer Unterlagen mit E-Mail vom 28.03.2014 an die Antragstellerin entsprochen.

§ 267 Abs. 2 Z 2 BVergG bestimmt, dass der Auftraggeber bei der Prüfung der Angebote verpflichtet ist, die erforderliche Befugnis, Zuverlässigkeit sowie die entsprechende technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Subunternehmern zu prüfen. Da der Auftraggeber verpflichtet ist, die Eignung eines konkreten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil zu prüfen, muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung, im gegenständlichen Fall im Zeitpunkt der Abgabe des last and final offer, bereits namentlich feststehen (vgl. Heid/Hauck/K. Preslmayr Handbuch des Vergaberechts, Seite 170; vgl. auch Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibungen², Seite 102, wonach der Bieter in seinem Angebot bei Angebotseröffnung für die zu vergebenen Teile bereits einen Subunternehmer, samt verbindlichem Angebot, benennen müsse, weil der Bieter einerseits nachweisen müsse, dass der Subunternehmer "geeignet" (befugt, technisch und wirtschaftlich Leistungsfähigkeit) sei, andererseits er ohne ein verbindliches Subunternehmerangebot für den jeweiligen Leistungsteil keinen Preis nennen könne). Paragraph 267, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG bestimmt, dass der Auftraggeber bei der Prüfung der Angebote verpflichtet ist, die erforderliche Befugnis, Zuverlässigkeit sowie die entsprechende technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Subunternehmern zu prüfen. Da der Auftraggeber verpflichtet ist, die Eignung eines konkreten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil zu prüfen, muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung, im gegenständlichen Fall im Zeitpunkt der Abgabe des last and final offer, bereits namentlich feststehen vergleiche Heid/Hauck/K. Preslmayr Handbuch des Vergaberechts, Seite 170; vergleiche auch Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibungen², Seite 102, wonach der Bieter in seinem Angebot bei Angebotseröffnung für die zu vergebenen Teile bereits einen Subunternehmer, samt verbindlichem Angebot, benennen müsse, weil der Bieter einerseits nachweisen müsse, dass der Subunternehmer "geeignet" (befugt, technisch und wirtschaftlich Leistungsfähigkeit) sei, andererseits er ohne ein verbindliches Subunternehmerangebot für den jeweiligen Leistungsteil keinen Preis nennen könne).

War nach dem oben gesagten, die Antragstellerin (als Bieterin) verpflichtet bereits im Angebot anzugeben, welche Teile des Auftrages möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben werden und ist die Antragstellerin dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, so hatte die diesbezügliche Unvollständigkeit des Angebotes schon aus diesem Grund zu dessen Ausscheiden gemäß § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG zu führen. Bei diesem Mangel des Angebotes handelt es sich - anders als die Antragstellerin meint - auch nicht um einen behebbaren. Ist wie bereits ausgeführt - der Auftraggeber verpflichtet, die Eignung eines konkreten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil zu überprüfen, so muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung bereits namentlich feststehen (VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023). War nach dem oben gesagten, die Antragstellerin (als Bieterin) verpflichtet bereits im Angebot anzugeben, welche Teile des Auftrages möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben werden und ist die Antragstellerin dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, so hatte die diesbezügliche Unvollständigkeit des Angebotes schon aus diesem Grund zu dessen Ausscheiden gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG zu führen. Bei diesem Mangel des Angebotes handelt es sich - anders als die Antragstellerin meint - auch nicht um einen behebbaren. Ist wie bereits ausgeführt - der Auftraggeber verpflichtet, die Eignung eines konkreten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil zu überprüfen, so muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung bereits namentlich feststehen (VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023).

Bei der unterlassenen Nennung des Subunternehmers handelt es sich aber auch aus nachfolgenden Gründen um einen unbehebaren Mangel.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - unter Bezugnahme auf Aicher (in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechtes (1985), 363 f und 411 f) - sind Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, die nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können. Angebote mit gravierenden formalen und inhaltlichen Mängeln sowie unverbindliche Angebote sind sofort auszuschneiden (vgl. VwGH vom 27.09.2000, ZI 2000/04/0050). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - unter Bezugnahme auf Aicher (in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechtes (1985), 363 f und 411 f) - sind Mängel als unbehebbar zu qualifizieren,

die nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können. Angebote mit gravierenden formalen und inhaltlichen Mängeln sowie unverbindliche Angebote sind sofort auszuschneiden (vergleiche VwGH vom 27.09.2000, ZI 2000/04/0050).

Was unter einem behebbaren oder unbehebbaran Mangel zu verstehen ist, orientiert sich (zunächst) nach der oben wiedergegebenen Rechtsprechung daran, ob eine Verbesserung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könnte. Es ist daher bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaran Mängeln darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn durch eine Mängelbehebung eine (wenn auch nur mittelbare) materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über den selben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten (durch die Möglichkeit der Mängelbehebung, dem diesbezüglichen Bieter ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt würde). Dieser Umstand (längere Zeit zur Ausarbeitung des Angebotes) ist im gegenständlichen Fall erfüllt und wird von der Antragstellerin in deren Schreiben vom 15.04.2014 selbst bestätigt. In diesem wird wie folgt ausgeführt:

[...]

"Ad. Pos 016804B - Verkleidung Rohrtrasse

a) Basis für unser Erstangebot vom 20.03.2014 war für diese Position das Angebot der Fa XXXX vom 19.03.2014, siehe Beilage, welche auch die Ausführung der ersten Verkleidung im Auftrag vom Flughafen Wien AG durchgeführt hat. a) Basis für unser Erstangebot vom 20.03.2014 war für diese Position das Angebot der Fa römisch 40 vom 19.03.2014, siehe Beilage, welche auch die Ausführung der ersten Verkleidung im Auftrag vom Flughafen Wien AG durchgeführt hat.

Einheitspreis Einkauf á € XXXX,-- pro m² und Einheitspreis Verkauf á € XXXX,-- exkl. MWSt.. Wir haben uns bereits in der Erstangebotsphase bemüht diesbezüglich mehrere Preise einzuholen. Bis zum Ende der ersten Abgabe haben wir jedoch keinen günstigeren Preis erhalten. Einheitspreis Einkauf á € römisch 40,-- pro m² und Einheitspreis Verkauf á € römisch 40,-- exkl. MWSt.. Wir haben uns bereits in der Erstangebotsphase bemüht diesbezüglich mehrere Preise einzuholen. Bis zum Ende der ersten Abgabe haben wir jedoch keinen günstigeren Preis erhalten.

b) In der Folge haben wir von der Fa XXXX für diese Position ein Angebot erhalten (siehe Anlage Mail vom 01.04.2014, 08:05 Uhr). Damit konnte für diese Leistungsposition eine wesentliche Kostenreduktion umgesetzt werden. b) In der Folge haben wir von der Fa römisch 40 für diese Position ein Angebot erhalten (siehe Anlage Mail vom 01.04.2014, 08:05 Uhr). Damit konnte für diese Leistungsposition eine wesentliche Kostenreduktion umgesetzt werden.

Einheitspreis Einkauf á € XXXX pro m² und Einheitspreis Verkauf á € XXXX pro m² und Einheitspreis Einkauf á € römisch 40 pro m² und Einheitspreis Verkauf á €

XXXX"

[...]

Aus der vorgenannten Passage des Schreibens vom 15.04.2014 ist eindeutig ersichtlich, dass die Antragstellerin sowohl zum Zeitpunkt des Erstangebotes, während der Verhandlungsphase und auch noch bis zur Abgabe des last and final offer, in welchem ebenso kein Subunternehmer namentlich genannt wurde, welcher die Leistung Verblechung ausführen sollte, mit Subunternehmern hinsichtlich der Subvergabe verhandelt hat.

Zumal die Antragstellerin erstmals mit Schreiben vom 15.04.2014 die Fa. XXXX genannt hat, ist im Vergabeakt dokumentiert, dass der Antragstellerin jedenfalls längere Zeit zur Ausarbeitung ihres Angebotes zur Verfügung stand, als Bieterinnen, welche die geforderten Angaben hinsichtlich des Subunternehmers bereits im Verfahren insbesondere bei Abgabe des last and final offer gemacht haben. Zumal die Antragstellerin erstmals mit Schreiben vom 15.04.2014 die Fa. römisch 40 genannt hat, ist im Vergabeakt dokumentiert, dass der Antragstellerin jedenfalls längere Zeit zur Ausarbeitung ihres Angebotes zur Verfügung stand, als Bieterinnen, welche die geforderten Angaben hinsichtlich des Subunternehmers bereits im Verfahren insbesondere bei Abgabe des last and final offer gemacht haben.

Es liegt daher in der unterlassenen Nennung des Subunternehmers auch aus diesem Grunde ein unbehebbarer Mangel vor. Im Fall unbehebbarer Mängel, wie im gegenständlichen Fall bei der unterlassenen Nennung des

Subunternehmers, ist die Auftraggeberin zur Ausscheidung des Angebotes ohne Gewährung einer vorhergehenden Verbesserungsmöglichkeit verpflichtet.

Fordert die Auftraggeberin die Bieterin dennoch zu einer Mängelbehebung auf und korrigiert der Bieter den (unbehebbaen) Mangel, so kann der Mangel nicht als behoben gelten. Im Wege einer Mängelbehebung kann aus einem unbehebbaen Mangel kein behobener Mangel werden.

Der dem von der Antragstellerin zitierten Bescheid (BVA 24.09.2012, N/0068-BVA/09/2012-93) zu Grunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich grundlegend von dem gegenständlich zu beurteilenden. Im gegenständlichen Fall hat die Auftraggeberin bestandfest festgelegt, dass sämtliche Subunternehmer und nicht nur die eignungsrelevanten mit dem Anbot zu nennen sind und auch nicht wesentliche Leistungsteile, welche an Subunternehmer vergeben werden sollen, anzuführen sind. Auch weicht dieser Bescheid im Ergebnis von der Judikatur des VwGH ab (vgl. VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186; VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023). Überdies war in dem von der Antragstellerin zitierten Bescheid, nicht klärbar, ob überhaupt Subunternehmer eingesetzt werden sollten oder der dortige Bieter die Leistungen selbst erbringen würde. Im gegenständlich zu beurteilenden Fall hat aber die Antragstellerin offen gelegt, dass sie jedenfalls für den Leistungsteil "Verblechung" Subunternehmer einsetzen würde. Der dem von der Antragstellerin zitierten Bescheid (BVA 24.09.2012, N/0068-BVA/09/2012-93) zu Grunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich grundlegend von dem gegenständlich zu beurteilenden. Im gegenständlichen Fall hat die Auftraggeberin bestandfest festgelegt, dass sämtliche Subunternehmer und nicht nur die eignungsrelevanten mit dem Anbot zu nennen sind und auch nicht wesentliche Leistungsteile, welche an Subunternehmer vergeben werden sollen, anzuführen sind. Auch weicht dieser Bescheid im Ergebnis von der Judikatur des VwGH ab vergleiche VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186; VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023). Überdies war in dem von der Antragstellerin zitierten Bescheid, nicht klärbar, ob überhaupt Subunternehmer eingesetzt werden sollten oder der dortige Bieter die Leistungen selbst erbringen würde. Im gegenständlich zu beurteilenden Fall hat aber die Antragstellerin offen gelegt, dass sie jedenfalls für den Leistungsteil "Verblechung" Subunternehmer einsetzen würde.

§ 269 Abs. 1 BVergG zeigt, dass unter dem Begriff Mängel alle Fehler und Unvollständigkeiten in Angeboten erfasst sind, die zur Ausscheidung nach § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG führen können. Dem Zweck der Norm entsprechend ist aber nur dann Aufklärung zu verlangen, wenn ein behebbbarer Mangel festgestellt wird. Bei einem unbehebbaen Mangel ist eine Aufklärung sinnlos und würde nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten. Liegt auch nur ein Ausscheidungsgrund vor, ist der Auftraggeber zum Ausscheiden des betroffenen Angebotes verpflichtet. Dabei kommt dem Auftraggeber kein Ermessen zu (vergl. VwGH 18.05.2005, 2004/04/0040). Paragraph 269, Absatz eins, BVergG zeigt, dass unter dem Begriff Mängel alle Fehler und Unvollständigkeiten in Angeboten erfasst sind, die zur Ausscheidung nach Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG führen können. Dem Zweck der Norm entsprechend ist aber nur dann Aufklärung zu verlangen, wenn ein behebbbarer Mangel festgestellt wird. Bei einem unbehebbaen Mangel ist eine Aufklärung sinnlos und würde nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten. Liegt auch nur ein Ausscheidungsgrund vor, ist der Auftraggeber zum Ausscheiden des betroffenen Angebotes verpflichtet. Dabei kommt dem Auftraggeber kein Ermessen zu (vergl. VwGH 18.05.2005, 2004/04/0040).

Da somit die Auftraggeberin die Antragstellerin aus dem vorgenannten Grund zu Recht gemäß § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG ausgeschieden hat, ist der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abzuweisen. Da bereits ein festgestellter Ausscheidensgrund für die Ausscheidung ausreicht, war auf die weiteren Ausscheidensgründe nicht weiter einzugehen. Da somit die Auftraggeberin die Antragstellerin aus dem vorgenannten Grund zu Recht gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG ausgeschieden hat, ist der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abzuweisen. Da bereits ein festgestellter Ausscheidensgrund für die Ausscheidung ausreicht, war auf die weiteren Ausscheidensgründe nicht weiter einzugehen.

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

verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist.

Die Voraussetzungen für den Entfall einer mündlichen Verhandlung liegen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor. Sämtliche entscheidungsrelevanten Unterlagen ergaben sich aus den Schriftsätzen der Parteien sowie dem vorgelegten Vergabeakt. Das Parteiengehör gem. § 45 Abs. 3 AVG zugunsten der Antragstellerin wurde durch Übermittlung der Schriftsätze der Auftraggeberin iVm der Möglichkeit zur Abgabe einer diesbezüglichen Stellungnahme jedenfalls ausreichend gewahrt (vgl. die jeweiligen OZ im Nachprüfungsakt). Abgesehen davon handelt es sich bei der Beurteilung der Frage, ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde, letztlich um die Klärung von Rechtsfragen. Ergänzende Ermittlungen waren diesbezüglich nicht mehr notwendig. Die Voraussetzungen für den Entfall einer mündlichen Verhandlung liegen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor. Sämtliche entscheidungsrelevanten Unterlagen ergaben sich aus den Schriftsätzen der Parteien sowie dem vorgelegten Vergabeakt. Das Parteiengehör gem. Paragraph 45, Absatz 3, AVG zugunsten der Antragstellerin wurde durch Übermittlung der Schriftsätze der Auftraggeberin in Verbindung mit der Möglichkeit zur Abgabe einer diesbezüglichen Stellungnahme jedenfalls ausreichend gewahrt vergleiche die jeweiligen OZ im Nachprüfungsakt). Abgesehen davon handelt es sich bei der Beurteilung der Frage, ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde, letztlich um die Klärung von Rechtsfragen. Ergänzende Ermittlungen waren diesbezüglich nicht mehr notwendig.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist der gegenständliche Sachverhalt mit jenem des Urteiles des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache C-100/12 (Fast Web) vom 04. Juli 2003 nicht vergleichbar, wie nachfolgend zu zeigen ist.

Dem Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof lag folgende besondere Konstellation zugrunde. An dem betreffenden Vergabeverfahren waren lediglich zwei Bieter, deren Angebote nach den Feststellungen des zuständigen Verwaltungsgerichtes der Region Piemont jeweils bestimmte technische Anforderungen der Ausschreibung nicht erfüllten, beteiligt. Dies müsste nach Ansicht des anrufenden Gerichtes mangels zuschlagsfähigen Angeboten dazu führen, dass der Klage und Widerklage stattgegeben und das fragliche Vergabeverfahren für nichtig erklärt werde. Dagegen wäre aber nach der Judikaturlinie des Staatsrates die Widerklage vorrangig zu prüfen und wäre der Klage in der gegenständlichen Konstellation sohin kein Erfolg beschieden. Gegen diese Auffassung kamen dem Gericht Zweifel.

Gegen die Maßgeblichkeit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für das verfahrensgegenständliche Nachprüfungsverfahren spricht, dass entgegen dem Sachverhalt, welcher der Judikatur des Europäischen Gerichtshof (Fast Web) zu Grunde lag, gegenständlich das Verhandlungsverfahren noch im Laufen ist. Es wird nicht die Zuschlagsentscheidung angefochten, sondern Entscheidungen bzw. Festlegungen während eines laufenden Verhandlungsverfahrens.

Da gem. § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG das Ausscheiden eines Angebotes eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers ist, ist in einem solchen Fall Hauptfrage des Nachprüfungsverfahrens betreffend diese Entscheidung allein die Frage, ob der Antragsteller vom Auftraggeber zu Recht ausgeschieden worden ist. Im Hinblick auf die Ausscheidensentscheidung und nur bezüglich dieser kommt dem ausgeschiedenen Bieter daher eine Antragslegitimation zu. Überdies handelt es sich im gegenständlichen Fall um ein Verfahren im Unterschwellenbereich. Da gem. Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG das Ausscheiden eines Angebotes eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers ist, ist in einem solchen Fall Hauptfrage des Nachprüfungsverfahrens betreffend diese Entscheidung allein die Frage, ob der Antragsteller vom Auftraggeber zu Recht ausgeschieden worden ist. Im Hinblick auf die Ausscheidensentscheidung und nur bezüglich dieser kommt dem ausgeschiedenen Bieter daher eine Antragslegitimation zu. Überdies handelt es sich im gegenständlichen Fall um ein Verfahren im Unterschwellenbereich.

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß

Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

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

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs. 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht. Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von € 3.000,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und € 3.000,-- für den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt.
Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht. Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von € 3.000,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und € 3.000,-- für den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt.

Da aber dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, besteht weder ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag noch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Korrekt Weise wären gemäß § 1 BVwG - Pauschalgebührenverordnung Vergabe € 3.078,-- für den Nachprüfungsantrag und gemäß § 318 Abs. 1 Z 4 BVergG iVm § 1 BVwG - Pauschalgebührenverordnung Vergabe €
Korrekt Weise wären gemäß Paragraph eins, BVwG - Pauschalgebührenverordnung Vergabe € 3.078,-- für den Nachprüfungsantrag und gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG - Pauschalgebührenverordnung Vergabe €

1.539,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entrichten gewesen.

Die zu viel entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € 1.383,-- werden der Antragstellerin zurückbezahlt.

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 der Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. zum Ausscheiden u.a. VwGH vom 29.05.2002, 2002/04/0023 VwGH vom 27.09.2000, ZI2000/04/0050; zur Interpretation der Ausschreibung und der Willenserklärung der Bieter: u.a. VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144; zur Nichternennung von Subunternehmen VwGH vom 29.05.2002, 2002/04/0023) 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 der Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche zum Ausscheiden u.a. VwGH vom 29.05.2002, 2002/04/0023 VwGH vom 27.09.2000, ZI2000/04/0050; zur Interpretation der Ausschreibung und der Willenserklärung der Bieter: u.a. VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144; zur Nichternennung von Subunternehmen VwGH vom 29.05.2002, 2002/04/0023) 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

Antragslegimitation, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheiden von Angeboten, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Ausscheidensgründe, Ausscheidung, Bauauftrag, Behebbarkeit, Behebbarkeit von Mängeln, Bestandsfestigkeit, Bindung, Bietergleichbehandlung, Diskriminierungsverbot, Ermessen, Gleichbehandlung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Grundsatz der Transparenz, Kalkulation, Mängelbehebung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Parteiengehör, Plausibilität, Rechenfehler, Subunternehmer, Subunternehmerangebot, Transparenz, Unbehebbarkeit, Unvollständigkeit, Verbesserung, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Verbesserung des Angebots, verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren, Wettbewerb, Wettbewerbsrelevanz, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W138.2007599.1.01

Zuletzt aktualisiert am

13.08.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at