

TE Bvwg Erkenntnis 2014/4/14 W138 2003084-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.04.2014

Entscheidungsdatum

14.04.2014

Norm

AVG §52 Abs1

BVergG 2006 §12 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2

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

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

1. AVG § 52 heute
 2. AVG § 52 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2025
 3. AVG § 52 gültig von 01.01.2002 bis 27.11.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
 4. AVG § 52 gültig von 01.07.1998 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
 5. AVG § 52 gültig von 01.07.1998 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
 6. AVG § 52 gültig von 01.07.1995 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
 7. AVG § 52 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995
-
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

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 § 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 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. 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 2003084-1/15E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden, sowie Dr. Theodor THANNER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Matthias WOHLGEMUTH als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "1030 Wien, Franz Grill Straße 6, Arsenal, Objekt 227, Technische Universität Wien, Sanierung Science-Center, Abbruch, Betonsanierung und Baugrubensicherung" der Auftraggeberin ARE Austrian Real Estate GmbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, vertreten durch Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien über den Antrag der XXXX, vertreten durch KESCHMANN Rechtsanwalts-GmbH, Nussdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, vom 06. März 2014, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden, sowie Dr. Theodor THANNER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Matthias WOHLGEMUTH als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "1030 Wien, Franz Grill Straße 6, Arsenal, Objekt 227, Technische Universität Wien, Sanierung Science-Center, Abbruch, Betonsanierung und Baugrubensicherung" der Auftraggeberin ARE Austrian Real Estate GmbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, vertreten durch Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien über den Antrag der römisch 40, vertreten durch KESCHMANN Rechtsanwalts-GmbH, Nussdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, vom 06. März 2014, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

I.römisch eins.

Dem Antrag vom 06. März 2014 der XXXX, vertreten durch KESCHMANN Rechtsanwalts- GmbH, Nussdorfer Straße 38-DG, 1090 Wien
Dem Antrag vom 06. März 2014 der römisch 40 , vertreten durch KESCHMANN Rechtsanwalts- GmbH, Nussdorfer Straße 38-DG, 1090 Wien

"Nach Durchführung des Nachprüfungsverfahrens die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung laut Schreiben des Auftraggebers vom 27.02.2014 für nichtig erklärt",

wird

stattgegeben.

II.römisch zwei.

Die Entscheidung der ARE Austrian Real Estate GmbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, vom 27.02.2014 im Vergabeverfahren "1030 Wien, Franz Grill Straße 6, Arsenal, Objekt 227, Technische Universität Wien, Sanierung Science Center, Abbruch, Betonsanierung und Baugrubensicherung" der Firma XXXX, den Zuschlag erteilen zu wollen,
Die Entscheidung der ARE Austrian Real Estate GmbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, vom 27.02.2014 im Vergabeverfahren "1030 Wien, Franz Grill Straße 6, Arsenal, Objekt 227, Technische Universität Wien, Sanierung Science Center, Abbruch, Betonsanierung und Baugrubensicherung" der Firma römisch 40 , den Zuschlag erteilen zu wollen,

wird für nichtig erklärt.

III.römisch drei.

Dem Antrag vom 06.03.2014 der XXXX, vertreten durch KESCHMANN Rechtsanwalts- GmbH, Nussdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, "der Antragstellerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zusprechen und dem Auftraggeber die Zahlung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution gemäß § 19a RAO zu Handen der Antragstellervertreterin auftragen",
wird
Dem Antrag vom 06.03.2014 der römisch 40 , vertreten durch KESCHMANN Rechtsanwalts- GmbH, Nussdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, "der Antragstellerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zusprechen und dem Auftraggeber die Zahlung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution gemäß Paragraph 19 a, RAO zu Handen der Antragstellervertreterin auftragen", wird

stattgegeben.

IV.römisch vier.

Die ARE Austrian Real Estate GmbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, als Auftraggeberin im Vergabeverfahren "1030 Wien, Franz Grill Straße 6, Arsenal, Objekt 227, Technische Universität Wien, Sanierung Science Center, Abbruch, Betonsanierung und Baugrubensicherung" hat der XXXX, vertreten durch KESCHMANN Rechtsanwalts-GmbH, Nussdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, die im zu W138 2003084-1, geführten Vergabekontrollverfahren entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 4.670,- Euro binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu Handen ihrer bevollmächtigten Rechtsvertretung, KESCHMANN Rechtsanwalts-GmbH, Nussdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, zu ersetzen.
Die ARE Austrian Real Estate GmbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, als Auftraggeberin im Vergabeverfahren "1030 Wien, Franz Grill Straße 6, Arsenal, Objekt 227, Technische Universität Wien, Sanierung Science Center, Abbruch, Betonsanierung und Baugrubensicherung" hat der römisch 40 , vertreten durch KESCHMANN Rechtsanwalts-GmbH, Nussdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, die im zu W138 2003084-1, geführten Vergabekontrollverfahren entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 4.670,- Euro binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu Handen ihrer bevollmächtigten Rechtsvertretung, KESCHMANN Rechtsanwalts-GmbH, Nussdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, zu ersetzen.

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:

Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz vom 06.03.2014 beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die XXXX(im Weiteren Antragstellerin) die im Spruch ersichtlichen Begehren. Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass das Vergabeverfahren in Form eines offenen Verfahrens geführt werde. Das Gesamtbauvorhaben der ARE Austrian Real Estate GmbH (im Weiteren Auftraggeberin) sei nach deren Angaben dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das konkrete Gewerk erreiche den Schwellenwert nicht. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Sowohl nach den Bestimmungen der Bekanntmachung, als auch nach den Angebotsbestimmungen seien Alternativangebote nicht zugelassen. Abänderungsangebote seien zugelassen, wobei in der Ausschreibung Mindestanforderungen an Abänderungsangebote jedoch nicht festgelegt seien. Die Antragstellerin habe ihr ausschreibungskonformes Angebot fristgerecht abgegeben und habe an der Angebotsöffnung und Verlesung teilgenommen. Nach den Ergebnissen der Angebotsverlesung sei die Antragstellerin mit einem Gesamtpreis von Euro 2,131.856,86,-

preislich erstgereiht und auf Grund der verlesenen angebotenen Gewährleistungsfrist von drei Jahren auch insgesamt erst zu reihen gewesen. Preislich der Antragstellerin nachgereiht sei die XXXX(im Weiteren präsumtive Zuschlagsempfängerin) mit einem verlesenen Gesamtpreis von Euro 2,489.124,05,- gewesen, wobei die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine Gewährleistungsfrist von zwei Jahren angeboten hätte. Darüber hinaus habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Alternativangebot abgegeben, wobei sich dessen verlesener Gesamtpreis auf Euro 1,996.274,48,- belaufe. Mit Schreiben vom 27.02.2014 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass der Zuschlag der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit der Vergabesumme von Euro 1,996.274,48,- erteilt werden solle. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin richte sich gegen die Zuschlagsentscheidung vom 27.02.2014 und somit gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 BVergG.preislich erstgereiht und auf Grund der verlesenen angebotenen Gewährleistungsfrist von drei Jahren auch insgesamt erst zu reihen gewesen. Preislich der Antragstellerin nachgereiht sei die XXXX(im Weiteren präsumtive Zuschlagsempfängerin) mit einem verlesenen Gesamtpreis von Euro 2,489.124,05,- gewesen, wobei die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine Gewährleistungsfrist von zwei Jahren angeboten hätte. Darüber hinaus habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Alternativangebot abgegeben, wobei sich dessen verlesener Gesamtpreis auf Euro 1,996.274,48,- belaufe. Mit Schreiben vom 27.02.2014 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass der Zuschlag der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit der Vergabesumme von Euro 1,996.274,48,- erteilt werden solle. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin richte sich gegen die Zuschlagsentscheidung vom 27.02.2014 und somit gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, BVergG.

Hätte die Auftraggeberin richtigerweise das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entweder ausgeschieden oder zumindest mangels Mindestanforderungen unberücksichtigt gelassen, dann müsste die Auftraggeberin angesichts der Reihung der Angebote nach der Angebotsverlesung die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin treffen.

Das Interesse am Abschluss des Vertrages habe die Antragstellerin durch die fristgerechte Abgabe ihres ausschreibungskonformen Angebotes, der Teilnahme an der Angebotsöffnung und -verlesung, sowie durch Einbringung des vorliegenden Nachprüfungsantrages samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausreichend glaubhaft gemacht. Die Antragstellerin erachte sich insbesondere in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens und Teilnahme daran, verletzt. Nach den Bestimmungen der Bekanntmachung und nach den Festlegungen der Ausschreibung seien Alternativangebote nicht zugelassen. Dennoch beabsichtige die Auftraggeberin den Zuschlag auf das abgegebene Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu erteilen. Entgegen den Ausschreibungsbedingungen abgegebene Alternativangebote wären gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Die Zuschlagsentscheidung und beabsichtigte Zuschlagserteilung sei aber auch deshalb rechtswidrig, weil die Ausschreibung keine Mindestanforderungen für Alternativangebote enthalte und somit der Zuschlag auf ein Alternativangebot nicht erteilt werden dürfe. Das Interesse am Abschluss des Vertrages habe die Antragstellerin durch die fristgerechte Abgabe ihres ausschreibungskonformen Angebotes, der Teilnahme an der Angebotsöffnung und -verlesung, sowie durch Einbringung des vorliegenden Nachprüfungsantrages samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausreichend glaubhaft gemacht. Die Antragstellerin erachte sich insbesondere in ihrem subjektiven Recht auf

Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens und Teilnahme daran, verletzt. Nach den Bestimmungen der Bekanntmachung und nach den Festlegungen der Ausschreibung seien Alternativangebote nicht zugelassen. Dennoch beabsichtige die Auftraggeberin den Zuschlag auf das abgegebene Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu erteilen. Entgegen den Ausschreibungsbedingungen abgegebene Alternativangebote wären gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen. Die Zuschlagsentscheidung und beabsichtigte Zuschlagserteilung sei aber auch deshalb rechtswidrig, weil die Ausschreibung keine Mindestanforderungen für Alternativangebote enthalte und somit der Zuschlag auf ein Alternativangebot nicht erteilt werden dürfe.

Die gebotene Einzelfallbetrachtung könne weder in quantitativer, noch in qualitativer Betrachtung dazu führen, eine bloß geringfügige Abweichung anzunehmen, zumal hierfür ein besonders strenger Maßstab anzulegen sei.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 10.04.2014 führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die von der Auftraggeberin behauptete mangelnde Antragslegitimation in Folge spekulativer Preisgestaltung erst im Nachprüfungsverfahren ins Spiel gebracht worden sei und dies auf Basis höchstgerichtlicher Judikatur im Nachprüfungsverfahren nicht von Relevanz sei, zumal sich diesbezüglich nichts aus dem Vergabeakt ergäbe.

Eine spekulative Preisgestaltung liege auch gar nicht vor.

Im Schriftsatz der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 08.04.2014 werde nichts Relevantes zur Frage der Preiskalkulation vorgebracht, es werde lediglich das Vorbringen der Auftraggeberseite unterstützt.

Die Auftraggeberin und präsumtive Zuschlagsempfängerin würden vorbringen, dass lediglich drei Leistungspositionen von der Änderung betroffen seien. Wahr sei vielmehr, dass ein ganzes Kapitel des Leistungsverzeichnisses entfallen würde. Es sei die Einholung neuer Bodengutachten sowie neuer Berechnungen der Statik erforderlich. Dies sei aus juristischer Sicht nicht zu klären. Es werde der Antrag auf Sachverständigenbestellung wiederholt und sei die Antragstellerin zum Erlag eines Kostenvorschusses bereit. Sollte die Auftraggeberin bereits im Zuge der Angebotsprüfung Bodengutachten bzw. statische Berechnungen zur Ermöglichung des Zuschlages der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eingeholt haben, so würde es sich um eine positive Diskriminierung zugunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin handeln und wäre dies ebenso vergaberechtswidrig.

Die Antragstellerin führt aus, dass wenn sich in den K7 Blättern die Kostenumplanung nicht wiederfinden würde, so wäre dies im offenen Verfahren eine unzulässige Angebotsänderung.

Die Antragstellerin führt aus, dass sich das System der Tiefgründung, die Pfahlgröße, die Lastpunkte, die Lastabtragung, die Stahlbetonroste und damit die Fundamentierung als solches ändern würden. Von der Auftraggeberin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würden Kosten der Planänderung zugestanden, die jedoch im Angebot nicht berücksichtigt seien.

Die Antragstellerin bringt weiters vor, dass der Fachplaner der Auftraggeberin zusätzlich zu den bereits zugestandenen Änderungen, eine Änderung der Risikoverteilung zwischen Auftraggeberin und Auftragnehmer zugestanden habe. Dabei sei es, so der Fachplaner, zu einer Risikoübernahme durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin gekommen. Mit einer solchen Risikoübernahme werde in die Risikosphären von Auftraggeber und Auftragnehmer eingegriffen. Das sei im offenen Verfahren vergaberechtlich unzulässig. Darüber hinaus lasse sich die Risikoübernahme aus dem Leistungsverzeichnis nicht begründen, weil dort die DSV Unterfangung nach Einheitspreisen und Kubikmeter abgerechnet werde. Hätte zudem die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine solche Risikoübernahme in ihrem Angebot berücksichtigt, so hätte sie dies in ihrer Kalkulation ausweisen müssen, wenn schon sonst nirgends, dann in ihren Erläuterungen zu den Risikoaufschlägen im Kalkulationsformblatt K7.

Am 10.03.2014 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und verzichtete ausdrücklich auf eine Stellungnahme zum Vorbringen der Antragstellerin betreffend die Erlassung der einstweiligen Verfügung.

Am 11.03.2014 erließ das Bundesverwaltungsgericht zur Zahl: W138 2003084/5E, eine einstweilige Verfügung. Darin untersagte es der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Zuschlag zu erteilen.

Am 17.03.2014 legte die Auftraggeberin die Originalurkunden des Vergabeverfahrens vor und nahm zum Antrag auf Nichtigserklärung Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass es sich bei dem gegenständlichen Objekt 227-Panzerhalle, um eine ca. 19 Meter hohe Halle mit einem Zwischengeschoss handle. Es sei vorgesehen, dieses

Zwischengeschoss abzureißen, um die Halle für eine neue Nutzung ausbauen zu können.

Das Leistungsverzeichnis bestehe aus sechs Leistungsgruppen.

Im Leistungsverzeichnis unter Position 0013101B Z Baubeschreibung zum Leistungsverzeichnis sollen folgende Leistungen zur Ausführung kommen:

Unterfangungsmaßnahmen an Bestandsfundamenten zur historischen Betonkonstruktion (Baujahr 1916, Pfahlgründung) mittels DSV

Gewi-Gründung für die neu zu errichtende Tragkonstruktion

Vernagelte Spritzbeton-Sicherung der Baugrubenwände innerhalb des Gebäudes zur Errichtung des halbseitigen Kellers.

Alternativangebote seien gemäß Punkt 4 der Angebotsbestimmungen nicht zugelassen gewesen.

Abänderungsangebote seien gemäß Punkt 5 der Angebotsbestimmungen zugelassen.

Die Ausschreibung sei nicht angefochten worden und sei somit bestandfest geworden.

Der Antragstellerin würde es im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bereits an der Antragslegitimation fehlen. Im Zuge der nochmaligen Prüfung des Angebotes der Antragstellerin sei im Zuge des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens hervorgekommen, dass die Preisdifferenz auf Basis der Hauptangebote zwischen Antragstellerin und präsumtiven Zuschlagsempfängerin lediglich auf die Leistungsgruppe "Besondere Instandsetzungsarbeiten" zurückzuführen sei. In dieser Leistungsgruppe betrage das Angebot der Antragstellerin lediglich 34 % des Angebotsmittelwertes dieser Leistungsgruppe über alle Bieter. Das Angebot der Antragstellerin weise daher eine nicht plausible Preisgestaltung auf. Darin liege ein Ausscheidungsgrund gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG. In der Angebotsprüfdokumentationen sei festgehalten, dass das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sorgfältig und ordnungsgemäß geprüft worden sei. Hätte es sich bei dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um ein Alternativangebot gehalten, wäre dieses auszuschneiden gewesen. Das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterscheide sich lediglich in 3 Positionen vom Hauptangebot. Die Positionen 01.03.08ff würden entfallen und würden durch die Positionen 01.03.10ff ersetzt. Beim Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin werde für die Lastabtragung der neu in die Halle eingebauten Konstruktionen das System der Tiefgründung nicht durch die ausgeschriebenen Kleinbohrpfähle (GEWI), sondern lediglich als Abänderung durch DSV-Pfähle hergestellt. An der Tiefgründung selbst würde sich nicht ändern. Aus der Stellungnahme der Firma 3PGeo von 06.01.2014 sei zu entnehmen, dass die Wahl der DSV-Pfahlgründung anstelle der ausgeschriebenen Gründung mit GEWI-Pfählen keine grundsätzliche Änderung der Gründungsart darstellen würde. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher nicht auszuschneiden. Der Antragstellerin würde es im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bereits an der Antragslegitimation fehlen. Im Zuge der nochmaligen Prüfung des Angebotes der Antragstellerin sei im Zuge des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens hervorgekommen, dass die Preisdifferenz auf Basis der Hauptangebote zwischen Antragstellerin und präsumtiven Zuschlagsempfängerin lediglich auf die Leistungsgruppe "Besondere Instandsetzungsarbeiten" zurückzuführen sei. In dieser Leistungsgruppe betrage das Angebot der Antragstellerin lediglich 34 % des Angebotsmittelwertes dieser Leistungsgruppe über alle Bieter. Das Angebot der Antragstellerin weise daher eine nicht plausible Preisgestaltung auf. Darin liege ein Ausscheidungsgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG. In der Angebotsprüfdokumentationen sei festgehalten, dass das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sorgfältig und ordnungsgemäß geprüft worden sei. Hätte es sich bei dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um ein Alternativangebot gehalten, wäre dieses auszuschneiden gewesen. Das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterscheide sich lediglich in 3 Positionen vom Hauptangebot. Die Positionen 01.03.08ff würden entfallen und würden durch die Positionen 01.03.10ff ersetzt. Beim Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin werde für die Lastabtragung der neu in die Halle eingebauten Konstruktionen das System der Tiefgründung nicht durch die ausgeschriebenen Kleinbohrpfähle (GEWI), sondern lediglich als Abänderung durch DSV-Pfähle hergestellt. An der Tiefgründung selbst würde sich nicht ändern. Aus der Stellungnahme der Firma 3PGeo von 06.01.2014 sei zu entnehmen, dass die Wahl der DSV-Pfahlgründung anstelle der ausgeschriebenen Gründung mit GEWI-Pfählen keine grundsätzliche Änderung der Gründungsart darstellen würde. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher nicht auszuschneiden.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 10.04.2014 führte die Auftraggeberin im Wesentlichen aus, das Angebot der Antragstellerin sehr wohl einer Angebotsprüfung hinsichtlich der Preisangemessenheit unterzogen worden sei. Lediglich eine vertiefte Angebotsprüfung sei unterlassen worden.

Eine vertiefte Prüfung sei erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens durchgeführt worden.

Es seien keine neuen Gutachten eingeholt oder Berechnungen durchgeführt worden, sondern lediglich die vorgelegten Berechnungen seien überprüft worden. Hinsichtlich der Frage bezüglich des Unterschiedes zwischen den GEWI-Pfählen und DSV Körpern wurde ausgeführt, dass im Vorfeld der Ausschreibung ein Bodengutachten eingeholt worden sei, welches festgestellt hätte, dass ca. zehn Meter Schüttmaterial vorhanden wäre. Abgeleitet aus diesem Bodengutachten sei das System der Tiefgründung auszuführen.

Sowohl bei den GEWI- Pfählen als auch den DSV Körpern handle es sich um Methoden der Tiefgründung. Der GEWI Pfahl habe einen Stahlkern um welchen Beton eingebracht werde und habe einen Durchmesser von ca. 20 cm. Bei den DSV Körpern gäbe es keinen Stahlkern. Es werde unter hohem Druck Zementsuspension in das Erdreich eingebracht und entstünde dadurch ein Durchmesser von rund einem Meter.

Das abgeänderte Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte keine architektonische Planänderung erforderlich gemacht, jedoch eine statische.

Grund dafür, dass nicht sofort die günstigere Variante ausgeschrieben worden sei, sei der Umstand, dass zehn Meter Anschüttung vorhanden wäre. Daraus ergäbe sich ein Mehrmassen Risiko aufgrund von eventuell geringerer Festigkeit und der unterschiedlichen Durchmesser. Aus diesem Grund sei die Gründung mit DSV-Pfählen nicht die Ausschreibungsvariante gewesen. Das Mehrmassenrisiko werde nach der Anfragebeantwortung von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin übernommen. Das Risiko ergäbe sich durch den inhomogenen Boden.

Es entstünde lediglich ein Mehrmassenrisiko, welches im Zuge der Bauausführung überprüft werde und im Zuge von Kontrollen Anpassungen vorgenommen werden müssten.

Fristgericht im Sinne des § 324 Abs. 3 BVergG erstattete die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 14.03.2014 im Wesentlichen nachfolgendes Vorbringen. Die von der Antragstellerin dargelegten Beschwerdegründe würden nicht vorliegen und sei der Nachprüfungsantrag daher unbegründet. Richtig sei, dass die Ausschreibungsunterlagen Abänderungsangebote, aber keine Alternativangebote zulassen würden. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch kein Alternativ- sondern ein Abänderungsangebot erstellt. Wie im Begleitschreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeführt, bestehe der einzige Unterschied zum Hauptangebot darin, dass anstatt der in Position 03.08 vorgesehenen GEWI-Pfähle DSV-Körper hergestellt würden. Von der angebotenen Änderung seien nur einige wenige Teilleistungen einer Position nämlich 01.03.08 GEWI-Pfähle, betroffen. Fristgericht im Sinne des Paragraph 324, Absatz 3, BVergG erstattete die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 14.03.2014 im Wesentlichen nachfolgendes Vorbringen. Die von der Antragstellerin dargelegten Beschwerdegründe würden nicht vorliegen und sei der Nachprüfungsantrag daher unbegründet. Richtig sei, dass die Ausschreibungsunterlagen Abänderungsangebote, aber keine Alternativangebote zulassen würden. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch kein Alternativ- sondern ein Abänderungsangebot erstellt. Wie im Begleitschreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeführt, bestehe der einzige Unterschied zum Hauptangebot darin, dass anstatt der in Position 03.08 vorgesehenen GEWI-Pfähle DSV-Körper hergestellt würden. Von der angebotenen Änderung seien nur einige wenige Teilleistungen einer Position nämlich 01.03.08 GEWI-Pfähle, betroffen.

Der Einsatz von DSV-Körpern sei aus technischer Sicht der Verwendung der ausgeschriebenen GEWI-Pfähle gleichzusetzen. Die Herstellung von DSV-Körpern mache keine weitere Änderung des Projektes und keine Anpassung der Bauführungen notwendig. Die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin sei zu Recht zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erfolgt.

Im Schriftsatz vom 08.04.2014 führte die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen aus, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation mangeln würde, da das Anbot eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würde und daher auszuschneiden wäre. In der Verhandlung vom 10.04.2014 wurde von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen, soweit für das Erkenntnis von Relevanz, die Ausführungen der Auftraggeberin, insbesondere hinsichtlich der erforderlichen Umplanung der "Roste" bestätigt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Die ARE Austria Real Estate GmbH, vertreten durch die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße, 1031 Wien, führt unter der Bezeichnung "1030 Wien, Franz Grill Straße 6, Arsenal, Objekt 227, Technische Universität Wien, Sanierung Science-Center, Abbruch, Betonsanierung und Baugrubensicherung" ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer aller Lose beträgt Euro 8.590.000,-. Der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer des verfahrensgegenständlichen Loses beträgt Euro 1.600.000,-. Es handelt sich im gegenständlichen Fall um einen Bauauftrag.

Dazu veröffentlichte die Auftraggeberin im Supplement zum Amtsblatt der EU die Bekanntmachung am 02.11.2013, wobei der Tag der Absendung der Bekanntmachung der 31.10.2013 war. Die Bekanntmachung in Österreich erfolgte am 04.11.2013 in der Onlineausgabe des Lieferanzeigers und am 06.11.2013 in der Druckausgabe des Lieferanzeigers (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Die "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" in der Fassung vom 15.04.2013 lauten auszugsweise wie folgt:

"Angebotsbestimmungen

[...]

4. Alternativangebote sind: Nicht zugelassen.

[...]

5. Abänderungsangebote sind zulässig. Abänderungsangebote sind auch ohne ausschreibungskonformes Angebot (Hauptangebot) zulässig. Für die Erstellung eines Abänderungsangebotes gelten - unter Berücksichtigung der in diesem Punkt getroffenen Regelungen - dieselben formalen und inhaltlichen Vorgaben, wie für die Erstellung eines Hauptangebotes. Der Bieter hat in einem Begleitschreiben die Positionen und den Inhalt des Abänderungsangebotes anzugeben. Werden neben dem Hauptangebot Abänderungsangebote gelegt, sind diese im Angebotsschreiben des Hauptangebotes an der hierfür vorgesehen Stelle (Punkt 18.11.) als Beilage anzuführen.

Abänderungsangebote müssen als solche bezeichnet werden. Für jedes Abänderungsangebot sind vom Bieter je ein Gesamt-Abänderungsangebotspreis und ein Gesamt-Abänderungsgesamtpreis zu bilden.

Die Gleichwertigkeit des Abänderungsangebotes ist vom Bieter anhand plausibler und nachvollziehbarer Unterlagen nachzuweisen."

Der Ablauf der Angebotsfrist war der 16. Dezember 2013, 13:00 Uhr. Laut "Angebots-Eingangsverzeichnis und Niederschrift zur Angebotsöffnung" vom 16. Dezember 2013 langten fristgerecht 8 Angebote ein. Das Angebot der Antragstellerin wies beim Hauptangebot eine Netto-Angebotssumme in Höhe von Euro 2.131.856,86,- auf. Gemäß Punkt 10 des Angebotsschreibens der Antragstellerin wurden weitere 3 Jahre Gewährleistungsfrist angeboten.

Das Hauptangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wies beim Hauptangebot eine Netto-Angebotssumme in Höhe von Euro 2.489.124,05,- und das als Abänderungsangebot bezeichnete Angebot wies eine Netto-Angebotssumme in Höhe von Euro 1.996.274,48,- auf.

Im "Vergabevorschlag Abbrucharbeiten, Betonsanierung und Baugrubensicherung" der Arbeitsgemeinschaft der Architekten XXXX vom 11.02.2014 wird unter Punkt 5. Bewertung der Angebote, 5.1. Im "Vergabevorschlag Abbrucharbeiten, Betonsanierung und Baugrubensicherung" der Arbeitsgemeinschaft der Architekten römisch 40 vom 11.02.2014 wird unter Punkt 5. Bewertung der Angebote, 5.1.

Tiefgründung der Firma XXXX insbesondere festgehalten: Tiefgründung der Firma römisch 40 insbesondere festgehalten:

[...]

"die Firma XXXX bietet in ihrem Abänderungsvorschlag zum Hauptangebot anstelle der im Leistungsverzeichnis vorgesehen Ausführung von Gewi-Pfählen (Pos. 01.03.08-ff) die Lastabtragung über DSV-Pfähle. Das Abänderungsangebot schließt gegenüber dem Hauptangebot mit einem Minderpreis von Euro 492.849,57,-.

[...]

Unter Punkt 7. Ausschreibungsergebnis (nach Rechnungsprüfung, exkl. MwSt.)

Firma XXXX Abänderungsangebot 99,82 Punkte Euro 1.996.274,48
Firma römisch 40 Abänderungsangebot 99,82 Punkte Euro 1.996.274,48.

Firma XXXXHauptangebot 93,77 Punkte Euro 2.131.856,86.

[...]

Firma XXXXHauptangebot 80,42 Punkte Euro 2.489.124,05."

Am 11.02.2014 wurde von der Arbeitsgemeinschaft der Architekten XXXX ein "Protokoll zum Aufklärungsgespräch Leistungsverzeichnis für Abbrucharbeiten, Betonsanierung und Baugrubensicherung Firma XXXX, welches am 30.10.2014, 14:00-16:00 Uhr stattfand, erstellt. Am 11.02.2014 wurde von der Arbeitsgemeinschaft der Architekten römisch 40 ein "Protokoll zum Aufklärungsgespräch Leistungsverzeichnis für Abbrucharbeiten, Betonsanierung und Baugrubensicherung Firma römisch 40, welches am 30.10.2014, 14:00-16:00 Uhr stattfand, erstellt.

Gemäß "Protokoll zur Fragenbeantwortung DSV Gründung" wird auf Seite 2 die

"Frage: Die für die GEWI-Pfähle geplante Fundamentplatte (mit Stb Rosten) muss umgeplant werden (unterschiedliche Lasteinleitung)? Sind diese Aufwendungen im Angebot berücksichtigt?

Diese Aufwendungen sind im Angebot berücksichtigt und werden den Planern abgegolten. Für die weitere Planung ist von einem Durchmesser 100 cm auszugehen."

von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wie vorgenannt beantwortet.

Mit Schreiben vom 27.02.2014 wurde der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mitgeteilt, dass der Zuschlag im gegenständlichen Verfahren an diese erteilt werden soll. Mit Schreiben vom selben Tag wurde die Antragstellerin über die geplante Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin informiert (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Dem Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist zu entnehmen, dass die Leistungsgruppe 03 Unterleistungsgruppe 08 GEWI-Pfähle gänzlich entfällt (Seite 11 und 12 des Abänderungsangebots). Der Entfall betrifft 10 Leistungspositionen (Unterlagen des Vergabeverfahrens, Niederschrift vom 10.04.2014, Seite 5).

Die Leistungsgruppe 03 Unterleistungsgruppe 10 DSV Arbeiten wird um 3 im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehene Leistungspositionen erweitern und werden in den Positionen 01 03 10 02B, 01 03 10 03B und 01 03 10 06C "Alternativen zu GEWI" ausgewiesen (Unterlagen des Vergabeverfahrens, Niederschrift vom 10.04.2014, Seite 5).

Aus "Beilage 1 Abänderungspositionen" zum Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist ersichtlich, dass der Entfall der Leistungsgruppe 03 Unterleistungsgruppe 08 GEWI-Pfähle eine Preisreduktion von Euro 654.125,65,- bewirkt (Seite 3 Beilage 1).

Für die in Leistungsgruppe 03 Unterleistungsgruppe 10 DSV-Arbeiten ergibt sich aus den alternativ zu GEWI angebotenen Leistungspositionen ein Preis von Euro 161.276,08 (Seite 3 Beilage 1), sodass sich der Preis der Leistungsgruppe 03 Roden, Baugrube, Sicherung und Tiefgründung um Euro 492.849,57,- verringert.

Rechnerisch ergibt sich daraus eine prozentuelle Preisreduktion der Leistungsgruppe 03 Roden, Baugrube, Sicherung und Tiefgründung in Höhe von 75,36 %.

Der Vergleich der Angebotssumme netto des Hauptangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in Höhe von Euro 2.489.124,05,- mit deren Angebotssumme netto des Abänderungsangebotes in Höhe von Euro 1.996.274,48,- ergibt rechnerisch eine Verringerung der Angebotssumme im Folge des Abänderungsangebotes von 19,8 % (Unterlagen des Vergabeverfahrens, Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin).

Im Vorfeld der Ausschreibung ist ein Bodengutachten eingeholt worden, welches feststellte, dass ca. zehn Meter Schüttmaterial vorhanden waren. Abgeleitet aus diesem Bodengutachten ist das System der Tiefgründung laut Amtsvariante mit GEWI-Pfählen auszuführen.

Sowohl bei den GEWI- Pfählen als auch den DSV Körpern handelt es sich um Methoden der Tiefgründung. Der GEWI Pfahl hat einen Stahlkern um welchen Beton eingebracht wird und mißt ca. 20 cm im Durchmesser. Bei den DSV

Körpern gibt es keinen Stahlkern. Es wird unter hohem Druck Zementsuspension in das Erdreich eingebracht und entsteht dadurch ein Durchmesser des DSV-Körpers von rund einem Meter (Niederschrift vom 10.04.2014, Seite 4).

Auch muss in Folge des Abänderungsangebotes die für die GEWI-Pfähle geplante Fundamentplatte (mit Stb Rosten) umgeplant werden (unterschiedliche Lasteinleitung) (siehe Protokoll zur Fragenbeantwortung DSV Gründung der Ausschreibungsunterlagen; Niederschrift vom 10.04.2014 Seite 4: "Auf die Frage des Vorsitzenden ob durch das abgeänderte Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine Änderung der Bauausführung/Planung erforderlich ist gibt die Auftraggeberin an.

Es ist keine architektonische Planänderung erforderlich jedoch eine statische.

Der Senatsvorsitzende hält das im Vergabeakt enthaltene Protokoll zur Fragenbeantwortung der DSV Gründung vor worin die Frage gestellt wird "Die für die GEWI-Pfähle geplante Fundamentplatte muss um geplant werden? Sind diese Aufwendungen im Angebot enthalten" gibt die Auftraggeberin an, dass eine konstruktive Umplanung tatsächlich erforderlich ist dies im lokalen Lasteinleitungsbereich.

Auf diese Pfähle werde ein "Betonrost" aufgebracht, dieser müsse in Folge des abgeänderten Angebots angepasst werden, dies sei aber nicht besonders aufwendig").

Eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 125 BVergG hat bei keinem der Angebote stattgefunden. (Vergabeakt, Niederschrift vom 10.04.2014, Seite 4: "Die Auftraggeberin bestreitet und bringt vor, das Angebot der XXXX sei sehr wohl einer Angebotsprüfung hinsichtlich der Preisangemessenheit unterzogen worden lediglich eine vertiefte Angebotsprüfung sei unterlassen worden. Eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, BVergG hat bei keinem der Angebote stattgefunden. (Vergabeakt, Niederschrift vom 10.04.2014, Seite 4: "Die Auftraggeberin bestreitet und bringt vor, das Angebot der römisch 40 sei sehr wohl einer Angebotsprüfung hinsichtlich der Preisangemessenheit unterzogen worden lediglich eine vertiefte Angebotsprüfung sei unterlassen worden.

Eine vertiefte Prüfung sei erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens durchgeführt worden").

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. Die Pauschalgebühren in Höhe von Euro 3.078,- für den Nachprüfungsantrag und Euro 1.539,-

für den Antrag auf einstweilige Verfügung, gesamt Euro 4.617,- wurde von der Antragstellerin bezahlt (Akt des BVwG).

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Aussagen in der mündlichen Verhandlung wurden nur soweit herangezogen, als sie unwidersprochen blieben. Der von der Antragstellerin beantragten Bestellung eines Sachverständigen zur Klärung der Frage, ob neue Bodengutachten bzw. eine neuerliche Berechnung der Statik erforderlich seien, folgte der Senat nicht. Grund dafür ist insbesondere, dass die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung selbst zugestand, dass eine statische Umplanung in Folge der Änderungen erforderlich ist und ein solches Gutachten aus Sicht des Senates zur Klärung der Frage, ob es sich bei den Änderungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um ein Abänderungs- oder ein Alternativangebot handelt, nicht erforderlich ist. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt.

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. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß Paragraph eins, 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. 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.

Gemäß § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG tritt ua der der 4. Teil samt Überschrift am 1. Jänner 2014 in Kraft. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG tritt ua der der 4. Teil samt Überschrift am 1. Jänner 2014 in Kraft.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß § 31 Abs. 1 VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist.

Zu A) Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes.

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ARE Austrian Real Estate GmbH, deren Anteile zu 100 % im Eigentum der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., einer öffentlichen 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 u. a.) stehen. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ARE Austrian Real Estate GmbH, deren Anteile zu 100 % im Eigentum der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., einer öffentlichen 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 u. a.) stehen.

Gemäß § 2 Abs. 2 Bundesimmobiliengesetz, BGBl. I Nr. 141/2000 idFBGBl. I Nr. 35/2012 ist die Bundesimmobiliengesellschaft mbH ermächtigt, Liegenschaften an eine zu 100 % in ihrem Eigentum stehende Tochtergesellschaft zu übertragen. Gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Bundesimmobiliengesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 141 aus 2000, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 35 aus 2012, ist die Bundesimmobiliengesellschaft mbH ermächtigt, Liegenschaften an eine zu 100 % in ihrem Eigentum stehende Tochtergesellschaft zu übertragen.

Gemäß § 2 Abs. 3 leg. cit. gehen mit der Übertragung von Liegenschaften an eine Tochtergesellschaft gemäß Abs. 2 die

der Bundesimmobiliengesellschaft mbH in Bezug auf diese Liegenschaften übertragenen Aufgaben, Rechte und Pflichten auf diese Tochtergesellschaft über. Gemäß Paragraph 2, Absatz 3, leg. cit. gehen mit der Übertragung von Liegenschaften an eine Tochtergesellschaft gemäß Absatz 2, die der Bundesimmobiliengesellschaft mbH in Bezug auf diese Liegenschaften übertragenen Aufgaben, Rechte und Pflichten auf diese Tochtergesellschaft über.

Auf Grund der vorgenannten gesetzlichen Bestimmungen ist die Judikatur zur öffentlichen Auftraggebereigenschaft der Bundesimmobiliengesellschaft mbH (ständige Rechtsprechung, z. B. BVA 08.08.2012, N/0066-BVA/08/2012-54; 26.11.2012, N/0095-BVA/04/2012-24; 06.05.2013, N/0023-BVA/10/2013-25) auf die Auftraggeberin zu übertragen, sodass auch diese öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG ist. Auf Grund der vorgenannten gesetzlichen Bestimmungen ist die Judikatur zur öffentlichen Auftraggebereigenschaft der Bundesimmobiliengesellschaft mbH (ständige Rechtsprechung, z. B. BVA 08.08.2012, N/0066-BVA/08/2012-54; 26.11.2012, N/0095-BVA/04/2012-24; 06.05.2013, N/0023-BVA/10/2013-25) auf die Auftraggeberin zu übertragen, sodass auch diese öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 4 BVergG um einen Bauauftrag. Gemäß § 14 Abs. 3 BVergG gelten die Bestimmungen des BVergG für die Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose, sofern, wie im gegenständlichen Fall, der kumulierte Wert der Lose den im § 12 Abs. 1 Z 3 leg. cit. genannten Schwellenwert übersteigt. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 4, BVergG um einen Bauauftrag. Gemäß Paragraph 14, Absatz 3, BVergG gelten die Bestimmungen des BVergG für die Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose, sofern, wie im gegenständlichen Fall, der kumulierte Wert der Lose den im Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, leg. cit. genannten Schwellenwert übersteigt.

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

2. Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag langte am 6. März 2014, 10.56 Uhr per E-Mail im Bundesverwaltungsgericht ein. Die Auftraggeberin gab die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 27. Februar 2014 per Telefax bekannt. Die Frist zur Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages endete daher am 10. März 2014. Der Nachprüfungsantrag vom 6. März 2014 ist daher rechtzeitig.

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

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 Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Ziffer 16 lit. a sub. lit. 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 Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16 Litera a, sub. lit. aa 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

Die Antragstellerin beantragte die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht rechtzeitig angefochten wurden und daher bestandfest sind. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung z. B. VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065).

Im Schriftsatz der Auftraggeberin vom 17.03.2014 und insbesondere in jenem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 08.04.2014 wird die Antragslegitimation der Antragstellerin bezweifelt. Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass sich auf Grund der nochmaligen Prüfung des Angebotes der Antragstellerin im Zuge des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens herausgestellt habe, dass die Preisdifferenz auf Basis der Hauptangebote zwischen der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lediglich auf die Leistungsgruppe "Besondere Instandsetzungsarbeiten" zurückzuführen seien. In dieser Leistungsgruppe betrage das Angebot der Antragstellerin lediglich 34 % des Angebotsmittelwertes dieser Leistungsgruppe über alle Bieter. Wie aus dem Preisspiegel ersichtlich, habe die Antragstellerin insbesondere in den Positionen 01148040C, 01148042A, 01148050A, 01148050B, 01148050C, 01148050D, 01148051B, 01148052B, 011480530, 011480540, 011480550, 011480570 und 011480580 Spekulationspreise angeboten. Des Öfteren würden sich die Positionspreise bei rund einem Zehntel der Positionspreise der Mitbewerber bewegen. Das Angebot weise daher eine nicht plausible Preisgestaltung auf. Darin liege ein Ausscheidungsgrund gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG. Im Schriftsatz der Auftraggeberin vom 17.03.2014 und insbesondere in jenem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 08.04.2014 wird die Antragslegitimation der Antragstellerin bezweifelt. Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass sich auf Grund der nochmaligen Prüfung des Angebotes der Antragstellerin im Zuge des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens herausgestellt habe, dass die Preisdifferenz auf Basis der Hauptangebote zwischen der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lediglich auf die Leistungsgruppe "Besondere Instandsetzungsarbeiten" zurückzuführen seien. In dieser Leistungsgruppe betrage das Angebot der Antragstellerin lediglich 34 % des Angebotsmittelwertes dieser Leistungsgruppe über alle Bieter. Wie aus dem Preisspiegel ersichtlich, habe die Antragstellerin insbesondere in den Positionen 01148040C, 01148042A, 01148050A, 01148050B, 01148050C, 01148050D, 01148051B, 01148052B, 011480530, 011480540, 011480550, 011480570 und 011480580 Spekulationspreise angeboten. Des Öfteren würden sich die Positionspreise bei rund einem Zehntel der Positionspreise der Mitbewerber bewegen. Das Angebot weise daher eine nicht plausible Preisgestaltung auf. Darin liege ein Ausscheidungsgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG.

In diesem Zusammenhang ist auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vom 22.06.2011, ZI.2011/04/0011 und vom 28.09.2011, ZI.2007/04/0102 und des BVA vom 03.02.2012, N/0004-BVA/10/2012-38 zu verweisen. Der Verwaltungsgerichtshof hat zur vertieften Angebotsprüfung nach § 125 BVergG festgehalten, dass es Aufgabe des Auftraggebers ist, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen. In diesem Zusammenhang ist auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vom 22.06.2011, ZI.2011/04/0011 und vom 28.09.2011, ZI.2007/04/0102 und des BVA vom 03.02.2012, N/0004-BVA/10/2012-38 zu verweisen. Der Verwaltungsgerichtshof hat zur vertieften Angebotsprüfung nach Paragraph 125, BVergG festgehalten, dass es Aufgabe des Auftraggebers ist, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 22.06.2011, 2011/04/0011 in einem Fall in dem der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung hätte durchführen müssen, dies aber unterlassen hat, es für rechtmäßig angesehen, dass die Behörde die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt, weil es Aufgabe des Auftraggebers (und nicht der Behörde) ist, die vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen.

Nun ist es nicht Aufgabe der Vergabekontrolle Bieter zur Aufklärung aufzufordern (zB BVA 9. 12. 2011, N/0109-BVA/08/2011-51). Die Erklärung der Preise muss im Vergabeverfahren und nicht im Nachprüfungsverfahren erfolgen (zB VwGH 28. 9. 2011, 2007/04/0102). Die Vergabekontrollbehörde kann die Angemessenheit der Preise auch durch Beiziehung eines Sachverständigen, der gemäß § 52 Abs. 1 AVG im Verfahren als Hilfsorgan der Behörde einen zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts notwendigen Beweis aufnimmt (zB VwGH 17. 8. 2010, 2009/06/0039; 30. 6. 2011, 2010/03/0069), nur auf Grundlage der im Vergabeverfahren zur Verfügung gestandenen Unterlagen und Erklärungen prüfen (zB VwGH 22. 6. 2011, 2007/04/0076). Die im Vergabeverfahren vorliegenden Unterlagen reichen jedoch dazu nicht aus. Damit ist es im vorliegenden Fall dem Bundesverwaltungsgericht unmöglich die Angemessenheit der Preise der Antragstellerin zu prüfen. Auch ein Sachverständiger könnte mangels konkreter

Angaben zum Zustandekommen der angebotenen Preise deren Nachvollziehbarkeit und betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit nicht beurteilen. Weiterführende Ermittlungen wären ihm - ebenso wie dem Bundesverwaltungsgericht - mangels Möglichkeit den Bieter zu ergänzenden Erläuterungen aufzufordern, verwehrt. Die Auftraggeberin hat eine vertiefte Angebotsprüfung nicht durchgeführt. Nun ist es nicht Aufgabe der Vergabekontrolle Bieter zur Aufklärung aufzufordern (zB BVA 9. 12. 2011, N/0109-BVA/08/2011-51). Die Erklärung der Preise muss im Vergabeverfahren und nicht im Nachprüfungsverfahren erfolgen (zB VwGH 28. 9. 2011, 2007/04/0102). Die Vergabekontrollbehörde kann die Angemessenheit der Preise auch durch Beiziehung eines Sachverständigen, der gemäß Paragraph 52, Absatz eins, AVG im Verfahren als Hilfsorgan der Behörde einen zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts notwendigen Beweis aufnimmt (zB VwGH 17. 8. 2010, 2009/06/0039; 30. 6. 2011, 2010/03/0069), nur auf Grundlage der im Vergabeverfahren zur Verfügung gestandenen Unterlagen und Erklärungen prüfen (zB VwGH 22. 6. 2011, 2007/04/0076). Die im Vergabeverfahren vorliegenden Unterlagen reichen jedoch dazu nicht aus. Damit ist es im vorliegenden Fall dem Bundesverwaltungsgericht unmöglich die Angemessenheit der Preise der Antragstellerin zu prüfen. Auch ein Sachverständiger könnte mangels konkreter Angaben zum Zustandekommen der angebotenen Preise deren Nachvollziehbarkeit und betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit nicht beurteilen. Weiterführende Ermittlungen wären ihm - ebenso wie dem Bundesverwaltungsgericht - mangels Möglichkeit den Bieter zu ergänzenden Erläuterungen aufzufordern, verwehrt. Die Auftraggeberin hat eine vertiefte Angebotsprüfung nicht durchgeführt.

Auf Basis der vorgenannten Judikatur ist von der gegebenen Antragslegitimation der Antragstellerin für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren auszugehen, zumal die Auftraggeberin keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt hat und dies nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichtes ist.

Im weiteren Folge ist nunmehr zu prüfen, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf Basis der bestandfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen ein zulässiges Abänderungsangebot im Sinne des § 2 Z 1 BVergG, oder ein nach dem Ausschreibungsbedingungen unzulässiges Alternativangebot im Sinne des § 2 Z 2 BVergG abgegeben hat. Im weiteren Folge ist nunmehr zu prüfen, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf Basis der bestandfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen ein zulässiges Abänderungsangebot im Sinne des Paragraph 2, Ziffer eins, BVergG, oder ein nach dem Ausschreibungsbedingungen unzulässiges Alternativangebot im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 2, BVergG abgegeben hat.

Wie aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich, wurde in der Position 01 03 08 GEWI-Pfähle die Gründung des Gebäudes mit GEWI-Pfählen ausgeschrieben. Bei der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Abänderungsangebot betitelten und angebotenen Gründung des Gebäudes mit DSV-Säulen handelt es sich somit um eine "Änderung" gegenüber der Ausschreibung.

Gemäß § 2 Z 1 BVergG ist ein Abänderungsangebot ein Angebot, das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß, Gemäß Paragraph 2, Ziffer eins, BVergG ist ein Abänderungsangebot ein Angebot, das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß,

wie ein Alternativangebot abweicht (J. Schramm / M. Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz, § 2 Ziffer 1 Rz 5), wie ein Alternativangebot abweicht (J. Schramm / M. Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz, Paragraph 2, Ziffer 1 Rz 5).

Abänderungsangebote betreffen im Unterschied zu Alternativangeboten nur Teile der Gesamtleistung und nur technische Parameter des Leistungsvertrages. Wird von einem Bieter ein Angebot gelegt, das in technischer Hinsicht von der Ausschreibung abweicht, hängt es von der Geringfügigkeit der Abweichung ab, ob noch ein Abänderungs- oder bereits ein Alternativangebot vorliegt.

Als Beispiel für eine geringfügige Abweichung nennt der Gesetzgeber "Änderungen etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene". In quantitativer Hinsicht kommt es nach den Gesetzesmaterialien etwa auf die Anzahl der von der Änderung betroffenen Positionen an. In qualitativer Hinsicht stellt eine Änderung im technischen

Lösungskonzept im Vergleich zur Ausschreibung eine nicht mehr geringfügige Abweichung dar. Es ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen. Im Zweifel wird kein Abänderungs- sondern ein Alternativangebot anzunehmen sein.

Nach den Erläuternden Bemerkungen betreffen Abänderungsangebote typischer Weise nur einzelne Positionen (z. B. rund statt eckige Schächte für die Kabelführung, andere Rohrformen, andere Materialwahl z. B. für Aufhängungen).

Im vorliegenden Fall bot die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Rahmen ihres als Abänderungsangebot bezeichneten Angebotes anstelle der ausgeschriebenen Gründung des Gebäudes mit Gewi-Pfählen eine solche mit DSV-Säulen an. Im "Protokoll zur Fragebeantwortung der DSV Gründung" führt die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst an, dass die für die Gewi-Pfähle geplante Fundamentplatte umgeplant werden muss. Dies wird auch von der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung bestätigt, da jedenfalls eine statische Umplanung erforderlich ist. Das Abänderungsangebot bezüglich der Gründung mit Gewi-Pfählen 01 03 08 betrifft 10 Leistungspositionen, wobei in Positionsnummer 01 03 10 DSV-Arbeiten 3 Positionen überhaupt erst neu durch das Abänderungsangebot geschaffen werden.

Die vorgenommenen Änderungen der Leistungspositionen durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin bewirken, dass die Preisdifferenz zwischen dem Hauptangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Vergleich zum Abänderungsangebot einen Betrag von Euro 492.849,57,-, sohin etwa 20 % der Gesamtangebotssumme ausmacht.

Gemäß der Rechtsprechung des BVA 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36; BVA 17.07.2012, N/0056-BVA/11/2012-28, handelt es sich bei einer Preisdifferenz zwischen dem Hauptangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Vergleich zu Abänderungsangebot in Höhe von etwa 12 % bzw. 10 % der Gesamtangebotssumme schon preislich um eine erhebliche Änderung. Diese Preisdifferenz wird im gegenständlichen Fall erheblich überschritten.

Auch die Anzahl der betroffenen Leistungspositionen (10 entfallenen; 3 neu geschaffene) übersteigt die für das Bestehen eines Abänderungsangebots sprechende Geringfügigkeitsgrenze.

In qualitativer Hinsicht stellt eine Änderung im technischen Lösungskonzept im Vergleich zur Ausschreibung eine nicht mehr geringfügige Abweichung dar. Eine derartige Änderung im technischen Lösungskonzept im Vergleich zur Ausschreibung liegt im gegenständlichen Fall eindeutig vor, zumal eine konstruktive Umplanung insbesondere im lokalen Lasteinleitungsbereich erforderlich ist (vgl. "Protokoll zur Fragebeantwortung der DSV Gründung" hier führt die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst an, dass die für die Gewi-Pfähle geplante Fundamentplatte umgeplant werden muss, Niederschrift vom 10.04.2014). In qualitativer Hinsicht stellt eine Änderung im technischen Lösungskonzept im Vergleich zur Ausschreibung eine nicht mehr geringfügige Abweichung dar. Eine derartige Änderung im technischen Lösungskonzept im Vergleich zur Ausschreibung liegt im gegenständlichen Fall eindeutig vor, zumal eine konstruktive Umplanung insbesondere im lokalen Lasteinleitungsbereich erforderlich ist vergleiche "Protokoll zur Fragebeantwortung der DSV Gründung" hier führt die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst an, dass die für die Gewi-Pfähle geplante Fundamentplatte umgeplant werden muss, Niederschrift vom 10.04.2014).

Auch führte die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung aus, dass man sich im Zuge der Vorbereitung der Ausschreibung gegen eine Tiefgründung mit DSV-Pfählen entschieden habe. Dies, weil 10 m Schüttmaterial vorhanden ist und die Tiefgründung mit einem Mehrmassenrisiko behaftet ist. Dieses Mehrmassenrisiko könnte nur während der Bauausführungsphase im Zuge von Kontrollen überwacht werden und müssten in diesem Fall Anpassungen vorgenommen werden.

Da das technische Lösungskonzept nachweislich geändert wurde (Umplanung der Stahlbetonroste im Zusammenhang mit der Fundamentplatte, Pfahlgröße, die Lastpunkte, die Lastabtragung, Mehrmassenrisiko in Folge des inhomogenen Bodens) liegt nach dem Willen des Gesetzgebers in Form der Gesetzesmaterialien keine lediglich geringfügige Abweichung vor. Im Übrigen spricht auch das Mehrmassenrisiko gegen eine Gleichwertigkeit der Leistungen.

Bei der Prüfung, ob es sich um ein Abänderungs- oder um Alternativangebot handelt, ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen. Dies ist auch im Zusammenhang damit zu sehen, als das Bundesvergabegesetz bei Abänderungsangeboten keine Verpflichtung zur Festlegung von Mindestanforderungen vorsieht. Da Mindestanforderungen grundsätzlich zwei Ziele verfolgen, nämlich die Sicherstellung der Transparenz bei der Angebotsprüfung sowie die Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten, würde eine extensive Auslegung von Abänderungsangeboten zu einem Verstoß gegen die in § 19 BVergG festgelegten Grundsätze des Vergaberechtes führen (BVA 17.07.2012, N/0056-BVA/11/2012-28). Bei der Prüfung, ob es sich um ein Abänderungs- oder um

Alternativangebot handelt, ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen. Dies ist auch im Zusammenhang damit zu sehen, als das Bundesvergabegesetz bei Abänderungsangeboten keine Verpflichtung zur Festlegung von Mindestanforderungen vorsieht. Da Mindestanforderungen grundsätzlich zwei Ziele verfolgen, nämlich die Sicherstellung der Transparenz bei der Angebotsprüfung sowie die Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten, würde eine extensive Auslegung von Abänderungsangeboten zu einem Verstoß gegen die in Paragraph 19, BVergG festgelegten Grundsätze des Vergaberechtes führen (BVA 17.07.2012, N/0056-BVA/11/2012-28).

Wurden nur Abänderungsangebote zugelassen, nicht aber Alternativangebote, ist die Einordnung eines Bieterlösungsvorschlages als Abänderungs- oder Alternativangebot entscheidend: Handelt es sich um ein Abänderungsangebot, ist dieses bei Einhaltung aller Formerfordernisse in die Angebotsbewertung mit einzubeziehen und im Falle des Best- oder Billigstangebotes darauf zuzuschlagen.

Die reine Bezeichnung als Alternativangebot schadet auch hier nicht. Der Auftraggeber hat das Angebot seinem Inhalt nach auf den Grad der Abweichung zu untersuchen (*falsa demonstratio non nocet*). Handelt es sich jedoch um ein - die Geringfügigkeitsgrenze überschreitendes - Alternativangebot, ist es zwingend gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. Die reine Bezeichnung als Alternativangebot schadet auch hier nicht. Der Auftraggeber hat das Angebot seinem Inhalt nach auf den Grad der Abweichung zu untersuchen (*falsa demonstratio non nocet*). Handelt es sich jedoch um ein - die Geringfügigkeitsgrenze überschreitendes - Alternativangebot, ist es zwingend gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden.

Die Erläuterungen 1171 der Beilagen XXII GP zur Regierungsvorlage führen zu § 2 Z 1 BVergG aus, dass Voraussetzung für ein Abänderungsangebot die technische Gleichwertigkeit der angebotenen Leistung mit der vom Auftraggeber verlangten Leistung ist. Gleichwertig bedeutet in diesem Zusammenhang, dass das Abänderungsangebot in technischer Hinsicht zumindest die gleichen Leistungsanforderungen zu erfüllen hat, wie die ausgeschriebene Leistung. In die Abgrenzung zu einem Alternativangebot haben qualitative und quantitative Kriterien einzufließen (etwa wie viele Positionen betroffen sind, ob das Angebot ein anderes technisches Lösungskonzept als die Amtsvariante beinhaltet, ob der Auftraggeber durch das Angebot zu Änderungen in seiner Planung etwa bei Anschlüssen gezwungen würde) (siehe im Einzelnen die zitierten erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage). Die Erläuterungen 1171 der Beilagen römisch 22 Gesetzgebungsperiode zur Regierungsvorlage führen zu Paragraph 2, Ziffer eins, BVergG aus, dass Voraussetzung für ein Abänderungsangebot die technische Gleichwertigkeit der angebotenen Leistung mit der vom Auftraggeber verlangten Leistung ist. Gleichwertig bedeutet in diesem Zusammenhang, dass das Abänderungsangebot in technischer Hinsicht zumindest die gleichen Leistungsanforderungen zu erfüllen hat, wie die ausgeschriebene Leistung. In die Abgrenzung zu einem Alternativangebot haben qualitative und quantitative Kriterien einzufließen (etwa wie viele Positionen betroffen sind, ob das Angebot ein anderes technisches Lösungskonzept als die Amtsvariante beinhaltet, ob der Auftraggeber durch das Angebot zu Änderungen in seiner Planung etwa bei Anschlüssen gezwungen würde) (siehe im Einzelnen die zitierten erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage).

Das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gelegte "Abänderungsangebot" wurde von dieser zwar als solches bezeichnet, entspricht jedoch, wie bereits oben ausgeführt, nicht den Anforderungen, die das Bundesvergabegesetz an ein Abänderungsangebot stellt. Es handelt sich vielmehr um ein in der Ausschreibung ausdrücklich für nicht zulässig erklärtes Alternativangebot, welches zwingend gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuscheiden gewesen wäre. Das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gelegte "Abänderungsangebot" wurde von dieser zwar als solches bezeichnet, entspricht jedoch, wie bereits oben ausgeführt, nicht den Anforderungen, die das Bundesvergabegesetz an ein Abänderungsangebot stellt. Es handelt sich vielmehr um ein in der Ausschreibung ausdrücklich für nicht zulässig erklärtes Alternativangebot, welches zwingend gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden gewesen wäre.

Es steht nicht in der Disposition der Auftraggeberin von Ausscheidenstatbeständen nach ihrem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des § 19 Abs. 1 BVergG entscheidend [vgl. dazu EuGH 25.04.1996, RS C 87/94 (wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Alleine deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl. VwGH

27.09.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 23.07.2004, 14F-09/03-18; 23.07.2004, 14N-64/03-22, 28.01.2005, 04N-131/04-38 ua.). Es steht nicht in der Disposition der Auftraggeberin von Ausscheidenstatbeständen nach ihrem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG entscheidend [vgl. dazu EuGH 25.04.1996, RS C 87/94 (wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Alleine deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuschheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann vergleiche VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 23.07.2004, 14F-09/03-18; 23.07.2004, 14N-64/03-22, 28.01.2005, 04N-131/04-38 ua.).

Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung die Antragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt und - wie oben aufgezeigt - mit Rechtswidrigkeit behaftet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs. 1 Z BVergG von wesentlichem Einfluss ist (vgl. dazu VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.02.2006, 2004/04/0127), ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung die Antragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt und - wie oben aufgezeigt - mit Rechtswidrigkeit behaftet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Z BVergG von wesentlichem Einfluss ist vergleiche dazu VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.02.2006, 2004/04/0127), ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Gemäß § 319 Abs. 1 erster Satz BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, erster Satz 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. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Da, wie sich aus Spruchpunkt A) I. ergibt, dem Nachprüfungsantrag vom 6. März 2014 zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen der Antragstellerin im Sinne von § 319 Abs. 1 BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG bezieht, stattzugeben. Da, wie sich aus Spruchpunkt A) römisch eins. ergibt, dem Nachprüfungsantrag vom 6. März 2014 zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen der Antragstellerin im Sinne von Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG bezieht, stattzugeben.

Ebenso ist dem Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG stattzugeben. Ihm wurde mit Beschluss vom 11.03.2014, GZ W138 2003084/5E, stattgegeben. Das zweite kumulativ zu erfüllende Tatbestandselement gemäß § 319 Abs. 2 Z 2 BVergG ist somit erfüllt. Ebenso ist dem Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG stattzugeben. Ihm wurde mit Beschluss vom 11.03.2014, GZ W138 2003084/5E, stattgegeben. Das zweite kumulativ zu erfüllende Tatbestandselement gemäß Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ist somit erfüllt.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses

auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, 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.

Schließlich weicht die zu lösende Rechtsfrage auch nicht von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (siehe zu all dem die unter zu A) des Erkenntnisses) zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes).

Schlagworte

Abänderungsangebot, Alternativangebot, Angemessenheit,
Antragslegimitation, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheiden von
Angeboten, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund,
Ausscheidensgründe, Ausscheidung, Ausschlussstatbestände, Bauauftrag,
Bietergleichbehandlung, erhebliche Unterschiedlichkeit, geringfügige
Änderung, Geringfügigkeitsgrenze, Gleichbehandlung, Kalkulation,
Nachprüfung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,
Nichtigerklärung, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung,
öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebühren, Pauschalgebührenersatz,
Plausibilität, Risikotragung, technische Gleichwertigkeit,
Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W138.2003084.1.00

Zuletzt aktualisiert am

24.06.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at