



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/072/34320/2014-14
K.

Wien, 12.2.2015

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag.^a Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner und den Richter Mag. Schmied, über den Antrag der K., vertreten durch Rechtsanwälte OG, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend das Vergabeverfahren „Bauprojekt Krankenhaus ...“ der Kr., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung durch Verkündung

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 28.11.2014 wird abgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2 Abs. 4, 7 Abs. 2 Z 2, 13, 15, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) i.V.m. §§ 2 Z 16 lit.a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 12 Abs. 1, 19, 102 Abs. 4, 106 Abs. 1 und 129 Abs. 1 Z 7 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006)

Entscheidungsgründe

Die Kr. (in der Folge: Antragsgegnerin) führt durch die vergebende Stelle D. ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages betreffend das Bauprojekt „Krankenhaus ..., Elektrotechnik“ als Gewerk des Gesamtbauprojekts „Dachgeschoßausbau des Krankenhauses ...“. Das Vergabeverfahren wird elektronisch über die Ausschreibungsplattform www.ausschreibung.at abgewickelt. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis. Am Vergabeverfahren beteiligten sich acht Bieter. Die Angebotsöffnung erfolgte am 17.11.2014. Die K. (in der Folge: Antragstellerin) ging mit einem Angebotspreis von 2.250.041,17 Euro als Billigstbieterin hervor.

Mit per Fax zugestelltem Schreiben der Antragsgegnerin vom 28.11.2014 wurde die Antragstellerin darüber informiert, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden worden sei. Gegen diese Entscheidung richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag. Die Antragstellerin bringt darin Folgendes vor:

Die Ausschreibungsunterlagen seien am 6.11.2014 drei Mal berichtigt worden. Am 6.11.2014 um 13 Uhr 02 habe die Antragstellerin eine Benachrichtigung über Änderungen der Ausschreibungsunterlagen zum Download erhalten. Es sei eine Position in den Allgemeinen Vorbemerkungen entfallen. Die Antragstellerin habe diese Berichtigung berücksichtigt und entsprechende Angebotsunterlagen abgegeben. Um 14 Uhr 22 desselben Tages habe die Antragstellerin erneut eine Benachrichtigung über die Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erhalten. Nach Prüfung habe die Antragstellerin festgestellt, dass diese Unterlagen vollinhaltlich den um 13 Uhr 02 übermittelten Unterlagen entsprochen hätten. Um 14 Uhr 23 desselben Tages habe die Antragstellerin neuerlich eine Benachrichtigung über die Änderung der Ausschreibungsunterlagen erhalten. Diese Benachrichtigung sei offenbar irrtümlich nicht beachtet worden bzw. sei kein Download der letztgültig abzugebenden Unterlagen erfolgt. Diese Version unterscheide sich von der Vorversion lediglich dadurch, dass in der Position „02 060415C Az. AN-VS B900 T600 H100 TSK Abgangsfeld“ die Pauschalen hinsichtlich der Menge von 16 PA auf 15 PA reduziert worden seien.

Der Einheitspreis dieser Position sei von der Antragstellerin mit 736,98 Euro angeboten worden. Die Antragstellerin sei somit trotz Abgabe einer höheren

Menge in der angeführten Position noch billiger, als das zweitplatzierte Unternehmen. Bei Berücksichtigung dieses Fehlers ergebe sich sogar eine Verringerung der Angebotssumme. Durch das Ausscheiden des Angebots ergebe sich somit ein Schaden von über 90.000,-- Euro (aus der Differenz zum Angebot der zweitgereihten Bieterin), obwohl es durch den o.a. Fehler zu keiner Beeinträchtigung der Interessen der Antragsgegnerin bzw. Mitbewerber komme.

Der dem Angebot der Antragstellerin zugrunde liegende Mangel sei nicht, wie von der Antragsgegnerin behauptet, unbehebbar, sondern sei einer Mängelbehebung zugänglich. Es liege ein bloß fehlerhaftes bzw. unvollständiges Angebot vor. Die Antragsgegnerin wäre daher verpflichtet gewesen, die Antragstellerin zur Behebung dieses Mangels aufzufordern. Dafür spreche auch die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, wonach für die Beurteilung der Ausschreibungskonformität lediglich das objektive Erklärungsbild des Angebotes maßgeblich sei, welches gerade im gegenständlichen Fall eindeutig erscheine.

Die Behebung des gegenständlichen Mangels führe zu keiner Einschränkung des freien und lautereren Wettbewerbs. Auch die Gleichbehandlung der Bieter sei gewährleistet. Sie führe weiters nicht zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin, sondern nur zu einer Verbesserung der Angebotssumme der bereits feststehenden Billigstbieterin. Eine materielle Verbesserung der Position der Antragstellerin ergebe sich daraus nicht. Die Ausscheidensentscheidung sei daher rechtswidrig.

Mit Schriftsatz vom 17.12.2014 entgegnete die Antragsgegnerin Folgendes:

Die Antragstellerin habe am 21.10.2014 die gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen sowie in der Folge die nachfolgenden Berichtigungen und Beantwortungen der Bieteranfragen durch die Antragsgegnerin von der Ausschreibungsplattform heruntergeladen. Die Antragsgegnerin habe am 24.10.2014 die 1. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen, am 3.11.2014 die Beantwortung der Bieteranfragen 1-2 („Rückfragebeantwortung“) und am 6.11.2014 die Beantwortung der Bieteranfrage 3 sowie die 2. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen zum Download durch die Bieter online gestellt.

Die 2. Berichtigung sei aufgrund der Frage 3 der Antragstellerin erfolgt, die zutreffend darauf hingewiesen habe, dass die im Leistungsverzeichnis ausgeschriebene Anzahl der Aufzahlungspositionen (16 PA) nicht mit der

ausgeschriebenen Anzahl der Anreih-Verteilerschränke (15 Stück) übereinstimme. In der 2. Berichtigung sei die Anzahl der Aufzählungspositionen von 16 PA auf 15 PA korrigiert worden. Im Rahmen der Antwort auf die Bieteranfrage 3 sei ausdrücklich auf die Berichtigung des Leistungsverzeichnisses hingewiesen worden.

Gemäß Punkt 1.22 der Ausschreibungsunterlagen seien die Bieter verpflichtet, Berichtigungen und Ergänzungen bei der Angebotslegung zu berücksichtigen. Von der Antragstellerin seien entsprechend Punkt 1.10 der Angebotsunterlagen ein schriftliches Angebot und ein Angebots-Datenträger abgegeben worden. Das schriftliche Angebot und das auf dem Datenträger gespeicherte Angebot wichen hinsichtlich der LV-Pos. „02 06 04 15C Az. AN-VS B900 T600 H100 TSK Abgangsfeld“ dahingehend voneinander ab, dass das auf dem Datenträger gespeicherte Angebot der verbindlichen Letztfassung der Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der 2. Berichtigung vom 6.11.2014 entspreche, das schriftliche Angebot aber nicht. In Punkt 1.10 der Ausschreibungsunterlagen sei festgelegt, dass im Falle von Abweichungen zwischen dem ausgedruckten Kurz-Leistungsverzeichnis und dem Leistungsverzeichnis des Datenträgers das ausgedruckte Kurz-Leistungsverzeichnis gelte.

Die Antragstellerin habe offenbar die letzte Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vom 6.11.2014 irrtümlich nicht beachtet. Sie habe jedoch Kenntnis von der Berichtigung gehabt, da das Leistungsverzeichnis auf dem Datenträger der Letztfassung der Ausschreibungsunterlagen entspreche. Im Übrigen habe die Antragstellerin diese Berichtigung durch ihre Bieteranfrage selbst veranlasst.

Gemäß § 106 Abs. 1 BVergG 2006 hätten sich die Bieter im offenen Verfahren bei der Erstellung ihrer Angebote an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Aus Punkt 1.22 der Ausschreibungsunterlagen ergebe sich, dass die Bieter Berichtigungen und Ergänzungen der Ausschreibung zu berücksichtigen hätten. Die Antragstellerin habe zu LV-Pos. 020604 15C in ihrem schriftlichen maßgeblichen Angebot ausdrücklich „16 PA“ statt der ausgeschriebenen „15 PA“ angeboten. Damit weiche sie vom verbindlichen Ausschreibungstext ab. Aus dem Umstand, dass in dem auf dem Datenträger gespeicherten Angebot „15 PA“ angeboten würden, lasse sich für die Antragstellerin nichts gewinnen, da das

schriftliche Angebot vorgehe. Hinsichtlich des objektiven Erklärungswerts liege keine Unklarheit vor, weshalb das Angebot der Antragstellerin auch keiner Verbesserung zugänglich war.

Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter, wonach alle Angebote der Ausschreibung entsprechen müssen, um einen objektiven Vergleich der Angebote durch den Auftraggeber zu ermöglichen, sei es irrelevant, ob das Angebot der Antragstellerin nach unten oder nach oben vom Ausschreibungstext abweiche. Es stehe auch nicht in der Disposition der Antragsgegnerin, von den Ausscheidensgründen nach ihrem Ermessen Gebrauch zu machen.

Die Antragstellerin gestehe selbst zu, dass ihr Angebot den letztgültigen Ausschreibungsunterlagen nicht entspreche. Bei ausschreibungswidrigen Angeboten stelle sich die Frage eines Mängelbehebungsauftrages aber nicht. In diesem Fall könne die Angebotsannahme nicht durch Zuschlagsentscheidung erfolgen, weil eine andere Vorgangsweise einem unzulässigen Verhandeln entsprechen würde.

Mit Schriftsatz vom 23.12.2014 gab die Antragstellerin dazu eine Stellungnahme ab und führte aus, dass ein Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen nur dann vorliegen könne, wenn dieser eindeutig ausgedrückt werde und eine ausschreibungskonforme Interpretation des Angebots nicht möglich sei. Schon durch die Abgabe eines ausschreibungskonformen Angebots, welches in der Papierform nur eine Abweichung aufweise, habe die Antragstellerin zum Ausdruck gebracht, dass sie sich den Ausschreibungsbestimmungen unterwerfe. Es liege eine geringfügige Abweichung vor, die die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin nicht verändere bzw. verbessere. Die Abweichung führe vielmehr nur zu einem noch günstigeren Angebot. Hingegen führe das Ausscheiden der Antragstellerin zu einer Schädigung der Antragsgegnerin und damit auch der Allgemeinheit. Eine Benachteiligung der anderen Bieter sei denkunmöglich. Es liege jedenfalls ein behebbarer Mangel vor.

Aufgrund des Nachprüfungsantrags wurde am 12.2.2015 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, an der ein Prokurist der Antragstellerin sowie deren Rechtsvertreter, der Rechtsvertreter der Antragsgegnerin und eine

Vertreterin der vergebenden Stelle teilnahmen. Diese Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

Die Antragsgegnerin teilte auf Frage, ob der gegenständliche Bauauftrag ein Gewerk eines umfangreicheren Bauauftrages betreffend den Dachgeschoßausbau des ...-Spitals darstelle, mit, dass sich dies so verhalte.

Die Antragsgegnerin teilte weiters mit, dass die gegenständliche Ausschreibung im Wege einer Vergabeplattform stattgefunden habe. Die verfahrensgegenständlichen Positionen des Leistungsverzeichnisses betreffen Schaltschränke. Diese sei zunächst als Standardschaltschränke ausgeschrieben worden. Die Position „02060415C Az. AN-VS B900 T600 H100 TSK Abgangsfeld“ betreffe eine Aufzählungsposition für zertifizierte und typengeprüfte Schaltschränke. Durch die Bieteranfrage vom 4.11.2014 sei die Antragsgegnerin darauf gekommen, dass die Position für Standardschaltschränke und die Aufzählungsposition insofern nicht übereinstimmten, als für die Aufzählungsposition eine Anzahl von 16 für die Standardschaltschränke jedoch eine Anzahl vom 15 vorgesehen war. Am 6.11.2014 sei die Bieteranfrage der Antragstellerin beantwortet worden und eine entsprechende Berichtigung der Aufzählungsposition auf eine Anzahl von 15 hochgeladen worden. In der Anfragebeantwortung sei auf die Berichtigung hingewiesen worden. Weiters sei ein Begleitschreiben online gestellt worden, indem dargestellt sei, welche Änderungen durchgeführt worden seien.

Der Antragstellervertreter legte ein E-Mail vom 6.11.2014, 13.02 Uhr, der Antragsgegnerin betreffend die Fragebeantwortung vor, welches als Beilage ./1 zum Akt genommen wurde, und führte aus, dieses E-Mail beziehe sich ausschließlich auf die Fragebeantwortung. Am 6.11.2014 um 14.22 Uhr sei ein weiteres E-Mail der AG eingelangt (Beilage ./2), das sich auf die Berichtigung der Ausschreibung beziehe, dem jedoch das Leistungsverzeichnis in seiner unkorrigierten Form mit der Mengenangabe 16 beigelegt gewesen sei. Am 6.11.2014 um 14:23 Uhr sei der Antragstellerin ein weiteres E-Mail der Antragsgegnerin übermittelt worden (Beilage ./3), das auf die Zugänglichkeit der Änderungen auf der Ausschreibungsplattform hinweise und dem nunmehr die korrigierte Version des Leistungsverzeichnisses mit der Mengenangabe 15 beigelegt gewesen sei. Aufgrund dieser Vorgangsweise der Antragsgegnerin sei auf dem Datenträger die korrigierte Anzahl von 15 im Leistungsverzeichnis

ausgewiesen worden. Im ausgedruckten Leistungsverzeichnis sei die Anzahl von 16 ausgewiesen worden.

Die Vertreterin der vergebenden Stelle erörterte:

Unter Hinweis auf die unter Punkt 01.11 „Dokumentation der vorgenommenen Änderung“ im Vergabeakt liegenden Liste („folgende Korrekturen wurden bei dieser Ausschreibung bisher vorgenommen...“) sei, wie dort in der rechten Spalte ausgewiesen, am 6.11.2014 um 12.57 Uhr die Fragebeantwortung hochgeladen worden. Dieser sei ein Text hinzugefügt worden, der im E-Mail Beilage ./1 zwischen den Sternreihen aufscheine.

In dieser Spalte sei für 13.24 Uhr weiters die 2. Berichtigung ausgewiesen. Um diese Zeit sei das alte Ausschreibungspaket von der Vergabeplattform genommen und das neue hochgeladen worden. Weiters sei ein Begleitschreiben verfasst worden. Dieses Begleitschreiben sei der Antragstellerin ebenfalls per E-Mail übermittelt worden. Zu dem unter Widerruf/Berichtigung links von der o.g. Spalte ausgewiesenen Zeitpunkt 14.21 Uhr sei lediglich die Freigabe der Information für die Bieter erfolgt, dass die Ausschreibung berichtigt worden sei. Der Antragstellervertreter führte aus, dass verfahrensgegenständlich die Frage sei, ob es sich beim Abweichen des Angebots auf dem Datenträger vom ausgedruckten und unterfertigten Angebot um eine Ausschreibungswidrigkeit oder um einen Mangel handle. Sollte es sich um einen Mangel handeln, wäre dieser behebbar.

Wenn vom Senat darauf hingewiesen werde, dass in Punkt 1.10 der Ausschreibungsunterlagen bei Abweichungen zwischen dem Datenträger und dem ausgedruckten Angebot die schriftliche Variante vorzugehen habe, könne dem im Hinblick auf die Ausschreibungsunterlagen nicht entgegengetreten werden.

Befragt vom Beisitzer teilten der Antragsgegnervertreter und der Antragstellervertreter übereinstimmend mit, dass unstrittig sei, dass die Angebote auf dem Datenträger und in der ausgedruckten Version, wie oben dargestellt, voneinander abwichen.

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 7 Abs. 2 WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht Wien bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht u.a. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Vergabeverfahren sind gemäß § 19 BVergG 2006 nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 102 Abs. 4 BVergG 2006 darf während eines offenen Verfahrens mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.

Der Bieter hat sich gemäß § 106 Abs. 1 BVergG 2006 bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

Gemäß § 108 Abs. 2 BVergG 2006 erklärt der Bieter mit Abgabe seines Angebots, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt.

Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist gemäß § 126 Abs. 1 und 2 BVergG 2006, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden. Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 nicht verletzen.

Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind gemäß § 127 Abs. 1 BVergG 2006 nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuscheiden.

Bei der Antragsgegnerin Kr., der Betreiberin der ... Krankenhaus ..., handelt es sich unbestritten um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie hat ihren Sitz in Wien Das Verwaltungsgericht Wien ist

daher zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag zuständig.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 28.11.2014 ist rechtzeitig. Er richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Er enthält die gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2014 erforderlichen Angaben, insbesondere auch solche zum Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss und zum behaupteten drohenden Schaden. Die Antragstellerin hat die Bezahlung der Pauschalgebühren gemäß § 15 WVRG 2014 nachgewiesen.

Aus dem Vergabeakt und der mündlichen Verhandlung wurden folgende Feststellungen getroffen:

In Punkt 1.10 der Angebotsunterlagen ist u.a. festgelegt, dass die Bieter bei der Angebotserstellung den beiliegenden Datenträger, der den Kurztext des Leistungsverzeichnisses enthält, zu verwenden haben. Dem Angebot ist das auf Basis dieses Datenträgers automationsunterstützt erstellte, ausgepreiste, ausgedruckte und rechtsgültig unterfertigte Kurzleistungsverzeichnis samt Bieterlückenprotokoll sowie der Angebots-Datenträger oder der Leistungsverzeichnislangtext sowie der Angebots-Datenträger beizulegen. Im Falle von Abweichungen zwischen dem ausgedruckten beigelegten Kurzleistungsverzeichnis und dem Leistungsverzeichnis des Datenträgers gilt das ausgedruckte Kurz-Leistungsverzeichnis.

In Punkt 1.22 der Ausschreibungsunterlagen ist u.a. festgelegt, dass der Bieter verpflichtet ist, Berichtigungen und Ergänzungen der Ausschreibungsunterlagen bei seiner Angebotslegung zu berücksichtigen.

Das Leistungsverzeichnis der Ausschreibung enthält einerseits Standardschaltchränke, andererseits eine Aufzahlungsposition für typengeprüfte und zertifizierte Schaltchränke. Die Antragsgegnerin hatte im Leistungsverzeichnis unter Position „02 06 04 15C Az AN-VS B900 T600 H100 TSK Abgangsfeld (Aufzahlung für den angegebenen AN-VS für die Ausführung als TSK-Schaltanlage, Abgangsfeld)“ ursprünglich einen Mengenansatz von 16 PA vorgesehen. Mit E-Mail der Antragstellerin vom 4.11.2014 machte diese die Antragsgegnerin darauf aufmerksam, dass „eine TSK-Anlage ein geprüftes

Gesamtsystem von Schaltschränken, Verschienungen, Leistungsschaltern und weiteren Einbaukomponenten sei“, die Aufzählung könne sich daher nicht nur auf die Anreih-Verteiler beziehen. Die Antragstellerin ersuchte im Weiteren um eine detaillierte Aufstellung über die zu liefernden TSK, um diese Position bewerten zu können.

Die Antragsgegnerin bemerkte aufgrund dieser Bieteranfrage, dass sie im Leistungsverzeichnis 15 Standardschaltschränke, aber 16 Aufzählungspositionen für zertifizierte und typengeprüfte Schaltschränke vorgesehen hatte. In der Folge nahm die Antragsgegnerin die 2. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vor, mit der der Mengenansatz in der o.a. Position auf 15 PA korrigiert wurde. Im Vergabeakt ist dokumentiert, dass die Antragstellerin, neben allen anderen Bietern, über die 2. Berichtigung am 6.11.2014 um 14 Uhr 21 (Absendung) informiert wurde, indem die 2. Berichtigung auf der Vergabeplattform hochgeladen wurde und entsprechende E-Mails an die Bieter verschickt wurden.

Aus den von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten E-Mails (Beilagen zur Verhandlungsschrift ./1, ./2 und ./3)) geht hervor, dass sie mit E-Mail von 6.11.2014, 13 Uhr 02 (Empfang) darüber informiert wurde, dass eine Fragebeantwortung hochgeladen worden sei. Mit E-Mail vom 6.11.2014, 14 Uhr 22 (Empfang), wurde sie darüber in Kenntnis gesetzt, dass eine Berichtigung der Ausschreibung hochgeladen worden sei. Diese E-Mails waren überschrieben mit **„-ACHTUNG- Ausschreibungsunterlagen wurden geändert!“**. Sie enthielten weiters am Ende den Hinweis: „Für eine korrekte Angebotsabgabe werden Sie aufgefordert, die Ausschreibungsunterlagen erneut kostenlos herunterzuladen und die neuen Ausschreibungsunterlagen als Grundlage für die Angebotslegung zu verwenden.“ Das E-Mail vom 6.11.2014, 14 Uhr 23 (Empfang) verwies nochmals auf die Änderung der Ausschreibung.

Die Antragstellerin legte in der Folge ein Angebot unter Verwendung des Datenträgers. In dem auf dem Datenträger gespeicherten Leistungsverzeichnis dieses Angebots lautete der Mengenansatz der o.a. Position auf 15 PA. Weiters legte sie ihrem Angebot, wie in der Ausschreibung verlangt, ein schriftliches, ausgedrucktes Leistungsverzeichnis bei, in dem der Mengenansatz zu o.a. Position 16 PA beträgt. Dies blieb in den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung unbestritten.

Die Antragsgegnerin schied die Antragstellerin mit Schreiben vom 28.11.2014 aus und begründete diese Entscheidung damit, dass gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden seien. Das ausgedruckt beigelegte Kurz-Leistungsverzeichnis, das gemäß Punkt 1.10 der Angebotsunterlagen bei Widersprüchen dem Leistungsverzeichnis auf dem Angebots-Datenträger vorgehe, sei ohne Berücksichtigung der 2. Berichtigung des Leistungsverzeichnisses abgegeben worden. Das Angebot sei daher mit einem unbehebbaeren Mangel behaftet, weshalb die Antragsgegnerin verpflichtet sei, das Angebot auszuschneiden.

Der Senat hat dazu Folgendes erwogen:

Gemäß § 106 Abs. 1 BVergG 2006 hat sich der Bieter im offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebots an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, hat der Auftraggeber gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden. Eine Wahlmöglichkeit kommt ihm diesbezüglich nicht zu. Ergibt die Prüfung des Angebots hingegen Unklarheiten oder werden Mängel festgestellt, so ist vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen, wobei bei der weiteren Vorgangsweise die Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere die Gleichbehandlung der Bieter, und das Verhandlungsverbot im offenen Verfahren nicht verletzt werden dürfen.

Es ist daher im gegenständlichen Verfahren die Frage zu beantworten, ob in der Abweichung des Leistungsverzeichnisses im schriftlichen Angebot der Antragstellerin in Position „02 060415C Az. AN-VS B900 T600 H100 TSK Abgangsfeld“ (16 Stück statt 15 Stück) ein Angebotsmangel zu sehen ist, der möglicherweise verbessert werden könnte, oder ob es sich dabei um eine Ausschreibungswidrigkeit handelt, die zwingend zum Ausschneiden des Angebots führen muss.

Ein Widerspruch zur Ausschreibung liegt immer dann vor, wenn der Bieter in seinem Angebot ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, den zu vergebenden Vertrag nicht zu den Bedingungen der Ausschreibung, sondern zu anderen Bedingungen abschließen zu wollen. In diesem Fall ist die Willenserklärung des Bieters (das Angebot) auf etwas anderes gerichtet, als vom Auftraggeber in der Ausschreibung gewünscht. Das Angebot weicht von der Ausschreibung so ab,

dass das vom Auftraggeber gewünschte Vertragsverhältnis nicht durch Annahme des Angebots durch den Auftraggeber durch Zuschlagserteilung zustande kommen könnte. Dies würde eine Änderung des Angebots erfordern. Dabei kommt es immer auf den objektiven Erklärungswert des Angebots an. Die Motive für das Abweichen des Angebots von der Ausschreibung sind nicht zu berücksichtigen. Solche Angebote sind einer Verbesserung nicht zugänglich (Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 129 Rz 72).

Im gegenständlichen Fall ist der objektive Erklärungswert des Angebots der Antragstellerin insofern klar, als zwar das Leistungsverzeichnis auf dem Datenträger (15 Stück) dem ausgedruckten Leistungsverzeichnis (16 Stück) hinsichtlich der Mengenangabe in der verfahrensgegenständlichen Position widerspricht, in Punkt 1.10. der Ausschreibung jedoch festgelegt wird, dass bei Widersprüchen zwischen dem Leistungsverzeichnis auf dem Datenträger und dem ausgedruckten und unterfertigten Leistungsverzeichnis das ausgedruckte Leistungsverzeichnis zu gelten hat.

Die Antragstellerin hat daher in Position „02 060415C Az. AN-VS B900 T600 H100 TSK Abgangsfeld“ 16 Stück angeboten, obwohl in der berechtigten Ausschreibung nur 15 Stück gefordert waren. Es wäre somit ein Zustandekommen eines ausschreibungskonformen Vertrages durch Zuschlagserteilung auf das Angebot der Antragstellerin nicht möglich gewesen. Vielmehr hätte das Angebot in Position „02 060415C Az. AN-VS B900 T600 H100 TSK Abgangsfeld“ zu diesem Zweck abgeändert werden müssen. Die Abänderung eines Angebots nach Angebotsöffnung im offenen Verfahren ist jedoch im Hinblick auf das Verhandlungsverbot des § 102 Abs. 4 BVergG 2006 und auf den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter nicht zulässig.

Die Abweichung des Angebots der Antragstellerin von der Ausschreibung hinsichtlich Position „02 060415C Az. AN-VS B900 T600 H100 TSK Abgangsfeld“ stellt aus den o.a. Überlegungen eine Ausschreibungswidrigkeit dar, die nicht im Wege einer Mängelbehebung durch die Antragstellerin beseitigt werden konnte. Die Antragsgegnerin war daher auch nicht verpflichtet, die Antragstellerin zur Aufklärung bzw. Mängelbehebung aufzufordern. Nachdem es sich gegenständlich um eine Ausschreibungswidrigkeit handelt, war auch auf die Argumente der Antragstellerin, wonach durch das Anbieten von 16 statt 15 Stück kein

Wettbewerbsvorteil der Antragstellerin entstanden sei bzw. dass durch das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin der Zuschlag auf das teurere zweitgereichte Angebot erfolgen müsse, nicht näher einzugehen.

Eine weitere Erörterung der von der Antragstellerin aufgeworfenen Frage, ob diese von der 2. Berichtigung des Angebots ordnungsgemäß benachrichtigt wurde, konnte insofern unterbleiben, als die Antragstellerin sich dieser Berichtigung offenbar durchaus bewusst war, da sie diese in dem auf dem Datenträger gespeicherten Leistungsverzeichnis berücksichtigt hat. Ebenso mussten die Gründe für die Abgabe widersprechender Leistungsverzeichnisse unberücksichtigt bleiben, weil der objektive Erklärungswert des Angebots der Antragstellerin aufgrund der Festlegungen über den Vorrang des ausgedruckten Leistungsverzeichnisses in den Ausschreibungsunterlagen unmissverständlich war.

Nachdem § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 u.a. normiert, dass der Auftraggeber den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuscheiden hat, dem Auftraggeber somit keine Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Ausscheidens zukommt, und eine Mängelbehebung bei einem ausschreibungswidrigen Angebot nicht in Frage kommt, erging die angefochtene Ausscheidensentscheidung zu Recht, wobei der Umstand, dass die Antragsgegnerin in der Begründung dieser Entscheidung das Vorliegen eines unbehebbareren Mangels anführt, nichts schadet.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 28.11.2014 war daher spruchgemäß abzuweisen. Die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren waren von dieser selbst zu tragen, da ein Gebührenersatz gemäß § 16 WVRG 2014 nur dann stattzufinden hat, wenn die Antragstellerin zumindest teilweise obsiegt.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Mag.^a Mandl