

TE Bvwg Erkenntnis 2021/3/3 W187 2238840-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.03.2021

Entscheidungsdatum

03.03.2021

Norm

BVergG 2018 §112 Abs3

BVergG 2018 §12 Abs1

BVergG 2018 §125

BVergG 2018 §141

BVergG 2018 §2 Z5

BVergG 2018 §20 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §334 Abs2

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §344 Abs1

BVergG 2018 §346

BVergG 2018 §347 Abs1

BVergG 2018 §4 Abs1 Z2

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2018 § 112 heute
2. BVergG 2018 § 112 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 12 heute
2. BVergG 2018 § 12 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 125 heute
2. BVergG 2018 § 125 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 141 heute
2. BVergG 2018 § 141 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 20 heute

2. BVergG 2018 § 20 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 20 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 333 heute

2. BVergG 2018 § 333 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 334 heute

2. BVergG 2018 § 334 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 342 heute

2. BVergG 2018 § 342 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 344 heute

2. BVergG 2018 § 344 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 344 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 346 heute

2. BVergG 2018 § 346 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 346 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 347 heute

2. BVergG 2018 § 347 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 4 heute

2. BVergG 2018 § 4 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 4 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

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 § 24 heute

2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

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

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

,

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Sabine SACHS, MAS als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX 2. XXXX vertreten durch die DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH, Währinger Straße 2-4, 1090 Wien, betreffend das Vergabeverfahren „S1 Wiener Außenring Schnellstraße, 2. BA Schwechat – Groß Enzersdorf Straßenplanung BL 2.2 Ausschreibungs- und Ausführungsplanung, PROVIA ID: 52106“ der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, vom 21. Jänner 2021 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 1. März 2021 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Sabine SACHS, MAS als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. römisch 40 2. römisch 40 vertreten durch die DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH, Währinger Straße 2-4, 1090 Wien, betreffend das Vergabeverfahren „S1 Wiener Außenring Schnellstraße, 2. BA Schwechat – Groß Enzersdorf Straßenplanung BL 2.2 Ausschreibungs- und Ausführungsplanung, PROVIA ID: 52106“ der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, vom 21. Jänner 2021 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 1. März 2021 zu Recht erkannt:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX und XXXX das Bundesverwaltungsgericht möge „die angefochtene Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin vom 12.01.2021 im Vergabeverfahren ‚S1, 2. BA, Straßenplanung BL 2.2 Ausschreibungs- u Ausführungsprojekt‘ für nichtig erklären“, ab. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. römisch 40 und römisch 4 0 das Bundesverwaltungsgericht möge „die angefochtene Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin vom 12.01.2021 im Vergabeverfahren ‚S1, 2. BA, Straßenplanung BL 2.2 Ausschreibungs- u Ausführungsprojekt‘ für nichtig erklären“, ab.

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, Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 21. Jänner 2021 beantragte die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX 2. XXXX vertreten durch die DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH, Währinger Straße 2-4, 1090 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Ausnahme ihres Angebots von der Akteneinsicht, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Anträge beziehen sich auf das Vergabeverfahren „S1 Wiener Außenring Schnellstraße, 2. BA Schwechat – Groß Enzersdorf Straßenplanung BL 2.2 Ausschreibungs- und Ausführungsplanung, PROVIA ID: 52106“ der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien. 1. Mit Schriftsatz vom 21. Jänner 2021 beantragte die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. römisch 40 2. römisch 40 vertreten durch die DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH, Währinger Straße 2-4, 1090 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Ausnahme ihres Angebots von der Akteneinsicht, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung

der Ausscheidensentscheidung und den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Anträge beziehen sich auf das Vergabeverfahren „S1 Wiener Außenring Schnellstraße, 2. BA Schwechat – Groß Enzersdorf Straßenplanung BL 2.2 Ausschreibungs- und Ausführungsplanung, PROVIA ID: 52106“ der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien.

1.1 Nach der Bezeichnung des Vergabeverfahrens, der Auftraggeberin und der gesondert anfechtbaren Entscheidung führt die Antragstellerin zur Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags und zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts aus. Nach der Darstellung des Sachverhalts führt sie zum Interesse am Vertragsabschluss und dem drohenden Schaden aus. Sie erachtet sich in ihrem Recht auf rechtskonforme Prüfung, Beurteilung und Bewertung aller Angebote, auf Unterlassung des Ausscheidens ihres Angebotes bei Vorliegen der Konformität mit den Ausschreibungsbedingungen (also bei Nichtvorliegen von rechtmäßigen Ausscheidensgründen), auf rechtskonforme Gestaltung der Ausscheidensentscheidung, auf eine zu ihren Gunsten zu treffende Zuschlagsentscheidung, und auf Erteilung des Zuschlages an sie als Bestbieterin, auf gesetzeskonforme Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt.

1.2 Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung führt sie im Wesentlichen aus, dass die Annahme der Antragstellerin in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5, 1.1.4.6 und 2.1.8.1 läge ein Rechenfehler vor, der nach der Rechenfehlerregel des Punkt 1.1.24 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen zu behandeln sei, schon dem Grunde nach verfehlt sei. Ein Rechenfehler sei nach der Rechtsprechung des VwGH eine „mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters“. Er müsse zu einer Änderung des Gesamtpreises führen. In den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5, 1.1.4.6 und 2.1.8.1 seien keine Einheitspreise anzubieten, die in weiterer Folge mit bestimmten Mengen multipliziert werden müssten. Das „Zwischenergebnis“ sei kein Einheitspreis. Die Ausführungen zum Vorrang des Einheitspreises gemäß § 136 Abs 1 BVergG 2018 gingen ins Leere. Eine Berichtigung sei daher nicht geboten, weshalb auch die Anwendung der Rechenfehlerregel von vornherein ausgeschlossen sei. In den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5, 1.1.4.6 und 2.1.8.1 sei ausschließlich der Positionspreis anzubieten. Der angebotene Positionspreis genieße Vorrang gegenüber anderen Angaben im Leistungsverzeichnis. Dafür spreche auch die Vorrangregel des § 136 Abs 2 BVergG 2018, wonach bei Pauschalpreisen ausschließlich diese ohne Rücksicht auf eine etwa angegebene Preisaufgliederung gälten. Der Fehler sei „vor“ dem festgeschriebenen Positionspreis passiert. Im Ergebnis habe die Antragstellerin den unterlaufenen Übertragungsfehler betreffend den prozentuellen Nachlass aus der Detailkalkulation in das Leistungsverzeichnis klar und vollständig aufgeklärt. Aus den Aufklärungen und Nachreichungen sei auch keine Änderung des Angebotes in welcher Form auch immer abzuleiten, da die angebotenen Einheits- und Positionspreise durch die Aufklärung unverändert geblieben seien. Die 2 %-Schwelle in Punkt 1.1.24 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen werden keinesfalls erreicht, sodass der diesbezügliche Ausscheidenstatbestand nicht vorliege.

1.2 Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung führt sie im Wesentlichen aus, dass die Annahme der Antragstellerin in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5, 1.1.4.6 und 2.1.8.1 läge ein Rechenfehler vor, der nach der Rechenfehlerregel des Punkt 1.1.24 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen zu behandeln sei, schon dem Grunde nach verfehlt sei. Ein Rechenfehler sei nach der Rechtsprechung des VwGH eine „mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters“. Er müsse zu einer Änderung des Gesamtpreises führen. In den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5, 1.1.4.6 und 2.1.8.1 seien keine Einheitspreise anzubieten, die in weiterer Folge mit bestimmten Mengen multipliziert werden müssten. Das „Zwischenergebnis“ sei kein Einheitspreis. Die Ausführungen zum Vorrang des Einheitspreises gemäß Paragraph 136, Absatz eins, BVergG 2018 gingen ins Leere. Eine Berichtigung sei daher nicht geboten, weshalb auch die Anwendung der Rechenfehlerregel von vornherein ausgeschlossen sei. In den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5, 1.1.4.6 und 2.1.8.1 sei ausschließlich der Positionspreis anzubieten. Der angebotene Positionspreis genieße Vorrang gegenüber anderen Angaben im Leistungsverzeichnis. Dafür spreche auch die Vorrangregel des Paragraph 136, Absatz 2, BVergG 2018, wonach bei Pauschalpreisen ausschließlich diese ohne Rücksicht auf eine etwa angegebene Preisaufgliederung gälten. Der Fehler sei „vor“ dem festgeschriebenen Positionspreis passiert. Im Ergebnis habe die Antragstellerin den unterlaufenen Übertragungsfehler betreffend den prozentuellen Nachlass aus der Detailkalkulation in das Leistungsverzeichnis klar und vollständig aufgeklärt. Aus den Aufklärungen und Nachreichungen sei auch keine Änderung des Angebotes in welcher Form auch immer abzuleiten, da die angebotenen Einheits- und Positionspreise durch die Aufklärung unverändert geblieben seien. Die 2 %-Schwelle in Punkt 1.1.24 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen werden keinesfalls erreicht, sodass der diesbezügliche Ausscheidenstatbestand nicht vorliege.

1.3 In der Position 2.1.8.1 sei nämlich als Kalkulationsvorgabe bestandsfest festgelegt, dass der Positionspreis 50 % des für die Positionen 1.1.2 bis 1.1.4 angebotenen Preises betragen müsse. In dieser Position sei somit von vornherein keine Rechenoperation gefordert bzw. möglich, hinsichtlich der die Rechenfehlerregeln hätten Anwendung finden können. Unverständlich sei, warum die Antragstellerin auch in dieser Position einen „fortgeführten“ Rechenfehler unterstelle. Selbst wenn man in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 einen Rechenfehler annehme, betrage er € 16.259,86 und liege somit weit unter 2 % des ursprünglichen Gesamtpreises, weshalb die Ausscheidensentscheidung auch aus diesem Grund jedenfalls rechtswidrig sei. Es verbleibe kein Ausscheidensgrund.

2. Am 26. Jänner 2021 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zur Ausnahme von der Akteneinsicht Stellung.

3. Am 26. Jänner 2021 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

4. Mit Schriftsatz vom 28. Jänner 2021 nahm die Auftraggeberin Stellung. Nach Darstellung des Sachverhalts und des bisherigen Verfahrensablaufs führt sie im Wesentlichen aus, dass der Antragstellerin Rechenfehler unterlaufen seien, die die 2 %-Schwelle überschritten hätten. Die Antragstellerin habe im Zuge der Aufklärung und damit nach dem Ablauf der Angebotsfrist eine unzulässige Änderung ihres Angebots vorgenommen.

4.1 In den Ausschreibungsunterlagen sei festgelegt, dass die darin angeführten Längenangaben, Schwierigkeitsfaktoren, usw. lediglich die Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellen sollen. Die tatsächliche Vergütung des Planungshonorars habe aber nach den bestandsfesten Vorgaben in der D.5 nach der RVS 06.01.22 „Aufwand und Kostenabschätzung – Bundesstraßen“ sowie der RVS 06.01.21 „Ziel- und Aufgabenbeschreibung“ zu erfolgen. Für die Kalkulation der Preise bzw. des Honorars in den Positionen 1.1.4.4 Sonstige Straßen, 1.1.4.5 Nebenwege, Begleitwege und 1.1.4.6 Bauprovisorien seien die Vorgaben der RVS 06.01.22 zu beachten. Das Honorar „H“ für die Projektierung der Schnellstraße hat nach folgender in der RVS festgelegter Formel zu erfolgen:

Honorar „H“ = Objektivierter Aufwand „HA“ x Einheitspreis „EP“ (unternehmensbezogener Bruttolohn)

Der Einheitspreis „EP“ sei dazu vom Bieter gemäß RVS 06.01.22 aus dem „bürospezifischen“ Bruttolohn durch den Bieter zu ermitteln. Dieser Einheitspreis sei „fix“ für die weitere Abrechnung und unterliege lediglich einer allfälligen Indexierungsanpassung. Zur Vergleichbarkeit der Angebote seien die angeführten Faktoren zur Ermittlung des „Objektivierten Aufwandes“ im Ausschreibungsteil D.5 Leistungsverzeichnis für die jeweiligen Leistungen fix vorgegeben und damit für alle Bieter gleich anzusetzen gewesen. Dies vor dem Hintergrund, um eine bestmögliche Vergleichbarkeit der Angebote sicher zu stellen. Der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte „Objektivierter Aufwand“ sei aber nur ein vorläufiger Wert, welcher am Ende der Leistungserbringung zur Berechnung des Honorars an den tatsächlichen Aufwand anzupassen sei. Der Bieter habe den Einheitspreis (EP) zu ermitteln und diesen mit dem vom Auftraggeber vorgegebenen Objektivierten Aufwand (HA) zu multiplizieren. Das Produkt dieser Rechnung stelle iS der RVS das Honorar für die jeweilige Leistung dar. Im konkreten Fall entspreche dieser Wert dem „Zwischenergebnis“ im Leistungsverzeichnis. Es stehe im Ermessen des Bieters auf das auf diesem Weg ermittelte Honorar einen Nachlass zu gewähren oder es mit einem Aufschlag zu versehen. Damit errechne sich der Positionspreis. Im Zuge der Kalkulation könne der Bieter ausschließlich auf den Einheitspreis (Bruttomittelohn) und den gewährten Nachlass/Aufschlag Einfluss nehmen. Die Ansicht, dass der Einheitspreis dem Positionspreis entspreche, sei unzutreffend. Bei der Abrechnung der Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 sei nicht auf die vom Bieter angebotenen Positionspreise, sondern auf die RVS 06.01.22 abzustellen. Dies habe zur Folge, dass eine maßgebliche Erhöhung angebotener Nachlässe sehr wohl zu einer Änderung bei den abzurechnenden Preisen im Vergleich zum ursprünglichen Angebot führen müsse. Die Antragstellerin habe in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 Rechenfehler festgestellt. In der Position 2.1.8.1 habe sie unabhängig davon einen Rechenfehler festgestellt. Dies habe sie der Antragstellerin im Aufklärungsersuchen vom 11. November 2020 vorgehalten. In der Aufklärung habe die Antragstellerin angegeben, dass die angegebenen Einheitspreise/Positionspreise gelten sollten und die angebotenen Nachlässe, bei denen „Übertragungsfehler“ unterlaufen seien, entsprechend abzuändern seien. Die Auftraggeberin rechne für die Position 1.1.4.5 den Einfluss verschiedener Änderungen auf das abzurechnende Honorar vor. Die Änderung verändere die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin nach der Angebotsöffnung. Werde das ursprünglich ausschreibungswidrige Angebot erst durch die im Rahmen der Aufklärung angebotene Leistung ausschreibungskonform, werde das Angebot inhaltlich verändert und damit die Wettbewerbsstellung des Bieters zu Lasten der Mitbieter unzulässig verändert.

4.2 Der Auftraggeber habe gemäß § 135 Abs 2 Z 3 BVergG 2018 die rechnerische Richtigkeit der Angebote zu prüfen. In

den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 sei zunächst ein „Zwischenergebnis“ als „Ausgangswert“ errechnen gewesen, von welchem vom Bieter nach seinem Dafürhalten ein individuell festgelegter Aufschlag bzw Nachlass zu addieren bzw abzuziehen gewesen sei, der dann den jeweiligen Positionspreis ergebe. Die in der Spalte Aufschlag/Nachlass von den Bietern anzugebenden Werte seien individuell und nach eigenem Ermessen im Angebot festzulegen und auch nicht von allfälligen anderen Ausgangswerten bzw Vorgaben in der Ausschreibung abhängig. Bereits aus diesem Grund sei das Vorliegen eines „Übertragungsfehlers“ in Zusammenhang mit den angebotenen Nachlässen zu verneinen und handle es sich dabei offensichtlich um eine reine Schutzbehauptung der Antragstellerin, damit es zu keinen Berichtigungen in ihrem rechnerisch fehlerhaften Angebot komme, die in Summe die festgelegte 2 %-Schwelle überstiegen. Die in den Positionen 1.1.4.4. bis 1.1.4.6 unterlaufenen Rechenfehler müssten auch zu einer Berichtigung der von deren Höhe abhängigen Position 2.1.8.1 führen. Bei der Ermittlung des Preises für die Position 2.1.8.1 handle es sich aber eben gerade nicht um eine aus einem davor liegenden Rechenfehler resultierende Berichtigung eines Seitenübertrages, mit welcher nicht weitergerechnet worden sei. § 138 Abs 7 BVergG 2018 sei so zu interpretieren, dass auch nur ein einziger Rechenfehler, wenn dieser Berichtigungen im gesamten Angebot nach sich ziehe, deren Summe die 2 %- Schwelle überschreite, zur Folge habe, dass das betreffende Angebot nicht weiter zu berücksichtigen bzw auszuschneiden sei. Die Antragstellerin habe ein rechnerisch fehlerhaftes Angebot gelegt. Die erforderlichen Berichtigungen in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5, 1.1.4.6, 1.3.1.2 und 2.1.8.1 hätten sich insgesamt auf eine Höhe von € 24.324,58 belaufen und betrügen somit 2,26 % des ursprünglich angebotenen Gesamtpreises in Höhe von € 1.078.173,00. Da im vorliegenden Fall kein Übertragungsfehler, sondern ein das Ausmaß von 2 % übersteigender Rechenfehler vorliege, sei das Angebot der Antragstellerin entsprechend dem klaren Wortlaut von § 138 Abs 7 BVergG 2018 iVm Punkt 1.1.24 in Teil D.1 der Ausschreibungsunterlage nicht weiter zu berücksichtigen und sei daher zwingend gemäß § 141 Abs 1 Z 8 BVergG 2018 auszuschneiden.

4.2 Der Auftraggeber habe gemäß Paragraph 135, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2018 die rechnerische Richtigkeit der Angebote zu prüfen. In den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 sei zunächst ein „Zwischenergebnis“ als „Ausgangswert“ errechnen gewesen, von welchem vom Bieter nach seinem Dafürhalten ein individuell festgelegter Aufschlag bzw Nachlass zu addieren bzw abzuziehen gewesen sei, der dann den jeweiligen Positionspreis ergebe. Die in der Spalte Aufschlag/Nachlass von den Bietern anzugebenden Werte seien individuell und nach eigenem Ermessen im Angebot festzulegen und auch nicht von allfälligen anderen Ausgangswerten bzw Vorgaben in der Ausschreibung abhängig. Bereits aus diesem Grund sei das Vorliegen eines „Übertragungsfehlers“ in Zusammenhang mit den angebotenen Nachlässen zu verneinen und handle es sich dabei offensichtlich um eine reine Schutzbehauptung der Antragstellerin, damit es zu keinen Berichtigungen in ihrem rechnerisch fehlerhaften Angebot komme, die in Summe die festgelegte 2 %-Schwelle überstiegen. Die in den Positionen 1.1.4.4. bis 1.1.4.6 unterlaufenen Rechenfehler müssten auch zu einer Berichtigung der von deren Höhe abhängigen Position 2.1.8.1 führen. Bei der Ermittlung des Preises für die Position 2.1.8.1 handle es sich aber eben gerade nicht um eine aus einem davor liegenden Rechenfehler resultierende Berichtigung eines Seitenübertrages, mit welcher nicht weitergerechnet worden sei. Paragraph 138, Absatz 7, BVergG 2018 sei so zu interpretieren, dass auch nur ein einziger Rechenfehler, wenn dieser Berichtigungen im gesamten Angebot nach sich ziehe, deren Summe die 2 %- Schwelle überschreite, zur Folge habe, dass das betreffende Angebot nicht weiter zu berücksichtigen bzw auszuschneiden sei. Die Antragstellerin habe ein rechnerisch fehlerhaftes Angebot gelegt. Die erforderlichen Berichtigungen in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5, 1.1.4.6, 1.3.1.2 und 2.1.8.1 hätten sich insgesamt auf eine Höhe von € 24.324,58 belaufen und betrügen somit 2,26 % des ursprünglich angebotenen Gesamtpreises in Höhe von € 1.078.173,00. Da im vorliegenden Fall kein Übertragungsfehler, sondern ein das Ausmaß von 2 % übersteigender Rechenfehler vorliege, sei das Angebot der Antragstellerin entsprechend dem klaren Wortlaut von Paragraph 138, Absatz 7, BVergG 2018 in Verbindung mit Punkt 1.1.24 in Teil D.1 der Ausschreibungsunterlage nicht weiter zu berücksichtigen und sei daher zwingend gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2018 auszuschneiden.

4.3 Die Antragstellerin habe das konkrete Aufklärungsersuchen vom 11. November 2020 lediglich mit allgemein gehaltenen Ausführungen, warum kein Rechenfehler vorliege, beantwortet. Die Aufklärung habe auch eine unzulässige Änderung des Angebots enthalten. Da die Antragstellerin es verabsäumt habe, das Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin vom 11. November 2020 vollständig und nachvollziehbar zu beantworten, sei auch der Ausscheidensgrund des § 141 Abs 2 BVergG 2018 verwirklicht. Die Auftraggeberin beantragt die Ausnahme näher bezeichneter Teile der Unterlagen von der Akteneinsicht, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr zurück-, in eventu abzuweisen.

4.3 Die Antragstellerin habe das konkrete Aufklärungsersuchen vom 11. November 2020 lediglich mit allgemein gehaltenen

Ausführungen, warum kein Rechenfehler vorliege, beantwortet. Die Aufklärung habe auch eine unzulässige Änderung des Angebots enthalten. Da die Antragstellerin es verabsäumt habe, das Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin vom 11. November 2020 vollständig und nachvollziehbar zu beantworten, sei auch der Ausscheidensgrund des Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2018 verwirklicht. Die Auftraggeberin beantragt die Ausnahme näher bezeichneter Teile der Unterlagen von der Akteneinsicht, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr zurück-, in eventu abzuweisen.

5. Mit Schriftsatz vom 9. Februar 2021 erstattete die Antragstellerin eine Replik.

5.1 Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass in die Darstellung des Sachverhalts durch die Auftraggeberin unzutreffende rechtliche Beurteilung einfließen. Es hätten keine Rechenfehler festgestellt werden können, weil das Angebot keine Rechenfehler enthalte. Der Nachlass sei nicht erhöht worden. Das Angebot sei nicht nach Ablauf der Angebotsfrist abgeändert worden. Der Übertragungsfehler sei nachvollziehbar aufgeklärt worden. Es sei kein „Zwischenergebnis“ nach den Vorgaben der RVS zu ermitteln, weil die RVS kein „Zwischenergebnis“ kenne. Das Vorbringen der Auftraggeberin werde zur Gänze bestritten.

5.2 Das Angebot der Antragstellerin sei ausschreibungskonform. Die Auftraggeberin unterstelle der Ausschreibung einen Inhalt, den sie nicht habe. An keiner Stelle sei definiert, was unter „Zwischenergebnis“ zu verstehen sei. Dabei handle es sich nicht um einen Einheitspreis, sondern um den Einheitspreis multipliziert mit dem Objektivierten Aufwand (HA). Somit stehe fest, dass im Leistungsverzeichnis hinsichtlich der nachprüfungsgegenständlichen Positionen kein Einheitspreis anzugeben gewesen sei. Wenn im Leistungsverzeichnis kein Einheitspreis anzugeben sei, könne es nur einen vergaberechtlich relevanten Preis – nämlich den Positionspreis – geben. Die Auftraggeberin habe bestandsfest ein Leistungsverzeichnis sui generis geschaffen. Das „Zwischenergebnis“ genieße keinen Vorrang gegenüber dem Positionspreis. Dem stehe auch die Aufklärung der Antragstellerin, dass die angebotenen Einheitspreise und Positionspreise richtig kalkuliert worden seien und unverändert blieben, nicht entgegen, weil in manchen Positionen tatsächlich Einheitspreise anzubieten gewesen seien, in anderen – wie den nachprüfungsgegenständlichen Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 und 2.1.8.1 – aber nur Positionspreise. Das „Zwischenergebnis“ sei nichts Anderes als ein „Zwischenschritt“ vor der Angabe des – einzig relevanten – Positionspreises und könne somit keinesfalls Vorrang gegenüber dem verbindlich angebotenen Positionspreis haben. Die Auftraggeberin gehe ohne rechtliche Grundlage von einem Vorrang des „Zwischenergebnisses“ aus. Der einzige „Fehler“ der Antragstellerin sei die fehlerhafte Übertragung der Prozentsätze aus der Detailkalkulation in das Leistungsverzeichnis. Die Bieter hätten keine Nachlässe anzubieten gehabt. Aufschläge oder Nachlässe dienten nur der Herleitung des Positionspreises. Die Auftraggeberin hätte im Rahmen der Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen mit dem Angebot die Angabe der Einheitspreise (EP) und/oder des Honorars (H) verlangen können (oder eine alternative Angebotslegung), wie sie das in anderen Ausschreibungen getan habe. Die Auftraggeberin habe aber in der nachprüfungsgegenständlichen Ausschreibung weder die Angabe der Einheitspreise, noch die Angabe des Honorars (H) verlangt, womit ihr verwehrt sei, aus dem hier der Antragstellerin unterlaufenen Übertragungsfehler ein Ausscheiden zu konstruieren.

5.3 Aus den oben und auch im Nachprüfungsantrag dargelegten Gründen sei auch das Vorliegen eines Rechenfehlers ausgeschlossen. Es müsse sich um eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung handeln. § 136 BVergG 2018 sei mangels Einheitspreises nicht einschlägig. Der Fehler sei nicht bei der Multiplikation des „Zwischenergebnisses“ mit dem Nachlass, sondern bei der Angabe des Nachlasses selbst passiert. Die Auftraggeberin habe dem Angebot einen ausschreibungswidrigen Inhalt beigemessen. Spätestens im Hinblick auf die Position 2.1.8.2 hätte der Auftraggeberin klar sein müssen, dass die in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5, 1.1.4.6 angegebenen Positionspreise richtig seien, weil dort von der Antragstellerin genau 50 % der für die Positionen 1.1.2 bis 1.1.4 angebotenen Preise eingetragen worden seien. Damit unterstelle die Auftraggeberin dem Angebot der Antragstellerin auch im Hinblick auf die Position 2.1.8.2 einen ausschreibungswidrigen Inhalt. Die Antragstellerin hätte klar zum Ausdruck bringen müssen, dass sie ein ausschreibungswidriges Angebot habe legen wollen. Selbst wenn man sohin von einem Rechenfehler in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5, 1.1.4.6 ausgehen würde, bliebe für eine Fortführung des Rechenfehlers auch in die Position 2.1.8.2 kein Raum. Der vermeintliche Fehler betrage sohin jedenfalls maximal € 16.259,86 und somit weit unter 2 % des ursprünglichen Gesamtpreises, weshalb die Ausscheidensentscheidung auch aus diesem Grund jedenfalls rechtswidrig bleibe.

5.3 Aus den oben und auch im Nachprüfungsantrag dargelegten Gründen sei auch das Vorliegen eines Rechenfehlers ausgeschlossen. Es müsse sich um eine mit einem evidenten

Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung handeln. Paragraph 136, BVergG 2018 sei mangels Einheitspreises nicht einschlägig. Der Fehler sei nicht bei der Multiplikation des „Zwischenergebnisses“ mit dem Nachlass, sondern bei der Angabe des Nachlasses selbst passiert. Die Auftraggeberin habe dem Angebot einen ausschreibungswidrigen Inhalt beigemessen. Spätestens im Hinblick auf die Position 2.1.8.2 hätte der Auftraggeberin klar sein müssen, dass die in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5, 1.1.4.6 angegebenen Positionspreise richtig seien, weil dort von der Antragstellerin genau 50 % der für die Positionen 1.1.2 bis 1.1.4 angebotenen Preise eingetragen worden seien. Damit unterstelle die Auftraggeberin dem Angebot der Antragstellerin auch im Hinblick auf die Position 2.1.8.2 einen ausschreibungswidrigen Inhalt. Die Antragstellerin hätte klar zum Ausdruck bringen müssen, dass sie ein ausschreibungswidriges Angebot habe legen wollen. Selbst wenn man sohin von einem Rechenfehler in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5, 1.1.4.6 ausgehen würde, bliebe für eine Fortführung des Rechenfehlers auch in die Position 2.1.8.2 kein Raum. Der vermeintliche Fehler betrage sohin jedenfalls maximal € 16.259,86 und somit weit unter 2 % des ursprünglichen Gesamtpreises, weshalb die Ausscheidensentscheidung auch aus diesem Grund jedenfalls rechtswidrig bleibe.

5.4 Die Aufklärung sei inhaltlich stringent, ausführlich begründet, nachvollziehbar und logisch. Der „Übertragungsfehler“ sei klar erläutert worden: Es erfolge ein Fehler bei der Übertragung der Prozentsätze aus der Detailkalkulation in das Leistungsverzeichnis. Entgegen den Behauptungen der Auftraggeberin sei die Detailkalkulation selbstverständlich auch nicht nach der Festlegung der Höhe der Nachlässe erfolgt, sondern davor. Andernfalls stünde zum Zeitpunkt der Festsetzung des Nachlasses noch gar nicht fest, von welcher Ausgangssumme der Nachlass überhaupt gewährt werde. Die Aufklärung der Antragstellerin bleibe damit eine nachvollziehbar begründete Aufklärung, auch wenn sie nicht den Vorstellungen bzw dem – nicht zutreffenden – Rechtsverständnis der Auftraggeberin entspreche. Der Ausscheidenstatbestand des § 141 Abs 2 BVergG 2018 sei sohin ebenfalls nicht erfüllt. Die Antragstellerin hält daher ihre Anträge im Schriftsatz vom 21. Jänner 2021 vollinhaltlich aufrecht. 5.4 Die Aufklärung sei inhaltlich stringent, ausführlich begründet, nachvollziehbar und logisch. Der „Übertragungsfehler“ sei klar erläutert worden: Es erfolge ein Fehler bei der Übertragung der Prozentsätze aus der Detailkalkulation in das Leistungsverzeichnis. Entgegen den Behauptungen der Auftraggeberin sei die Detailkalkulation selbstverständlich auch nicht nach der Festlegung der Höhe der Nachlässe erfolgt, sondern davor. Andernfalls stünde zum Zeitpunkt der Festsetzung des Nachlasses noch gar nicht fest, von welcher Ausgangssumme der Nachlass überhaupt gewährt werde. Die Aufklärung der Antragstellerin bleibe damit eine nachvollziehbar begründete Aufklärung, auch wenn sie nicht den Vorstellungen bzw dem – nicht zutreffenden – Rechtsverständnis der Auftraggeberin entspreche. Der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2018 sei sohin ebenfalls nicht erfüllt. Die Antragstellerin hält daher ihre Anträge im Schriftsatz vom 21. Jänner 2021 vollinhaltlich aufrecht.

6. Am 1. März 2021 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Sie hatte folgenden Verlauf:

XXXX , Mitarbeiterin der Auftraggeberin: Dass das Honorar laut RVS dem Zwischenergebnis im Leistungsverzeichnis entspricht, ergibt sich aus der Detailkalkulation der Antragstellerin. römisch 40 , Mitarbeiterin der Auftraggeberin: Dass das Honorar laut RVS dem Zwischenergebnis im Leistungsverzeichnis entspricht, ergibt sich aus der Detailkalkulation der Antragstellerin.

Die Parteien bringen nichts mehr vor.

Der vorsitzende Richter erklärt das Ermittlungsverfahren gemäß § 39 Abs 3 AVG iVm § 333 BVergG wegen Entscheidungsreife für geschlossen. Der vorsitzende Richter erklärt das Ermittlungsverfahren gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG in Verbindung mit Paragraph 333, BVergG wegen Entscheidungsreife für geschlossen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft schreibt unter der Bezeichnung „S1 Wiener Außenring Schnellstraße, 2. BA Schwechat – Groß Enzersdorf Straßenplanung BL 2.2 Ausschreibungs- und Ausführungsplanung, PROVIA ID: 52106“ einen Dienstleistungsauftrag über Planungsleistungen mit dem CPV-Code 71300000-1 – Dienstleistungen von Ingenieurbüros in einem offenen Verfahren nach dem Bestangebotsprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 1.124.114,96 ohne USt. Vergebende Stelle ist die ASFINAG Bau Management GmbH. Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte in Österreich per Kerndaten am 12. August 2020 und

unionsweit im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 10. August 2020 zur Zahl 2020/S 157-382645, beide abgesandt am 14. August 2020. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Die Ausschreibung in der Letztfassung der 1. Berichtigung lautet auszugsweise:

„...“

D.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen

Dienstleistungen

...

D.1 Ausschreibungsbestimmungen

...

1.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen

...

1.1.24 Rechenfehler

Rechnerisch fehlerhafte Angebote werden gemäß § 138 Abs. 7 BVergG 2018 nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen – erhöhend oder vermindern – 2 % oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig. Rechnerisch fehlerhafte Angebote werden gemäß Paragraph 138, Absatz 7, BVergG 2018 nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen – erhöhend oder vermindern – 2 % oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig.

...

1.1.31 Angebotsprüfung

Die Prüfung der Angebote erfolgt nach den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen.

Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten oder werden Mängel festgestellt, die das Angebot bzw. den Bieter mit einer Ausscheidung bzw. einem Ausschluss bedrohen und diese Mängel behebbar iSd BVergG 2018 sind, so hat der Bieter die Möglichkeit innerhalb einer vom Auftraggeber gesetzten (angemessenen) Frist eine verbindliche schriftliche Aufklärung abzugeben. Erfolgt seitens des Bieters keine fristgerechte Aufklärung, so wird – sofern in der Aufforderung zur Verbesserung nicht anderes festgelegt ist – das Angebot ausgeschieden.

Die Wahl des Angebotes für den Zuschlag wird nach den hierfür in den vorstehenden Regelungen enthaltenen Kriterien und Bestimmungen getroffen.

...

D.1.2 Besondere Ausschreibungsbestimmungen

Dienstleistungen

...

D.1 Ausschreibungsbestimmungen

Die Ausschreibungsbestimmungen regeln alle Aspekte im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren.

1.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen

Die allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen sind dem Teil D.1 zu entnehmen.

Die besonderen Ausschreibungsbestimmungen sind im nächsten Kapitel angeführt.

1.2 Besondere Ausschreibungsbestimmungen

...

1.2.9 Preisermittlung für Dienstleistungen

Der Bieter hat zur Darstellung der Preisermittlung eine Detailkalkulation vorzulegen. Diese ist auf Aufforderung durch die vergebende Stelle innerhalb von 7 KT nachzureichen.

Die Detailkalkulation hat sämtliche preisbildenden Faktoren und Annahmen wie z.B. Stundenansätze, kalkuliertes Personal, kalkulierter (Misch-)Stundensatz, Sachaufwendungen, usw. zu beinhalten. Die Detaillierung ist jedenfalls in einer Tiefe vorzunehmen, sodass die vergebende Stelle anhand der Detailkalkulation die Prüfung der Preisangemessenheit gemäß BVergG bzw. eine vertiefte Preisprüfung vornehmen kann.

Zur Verfahrensbeschleunigung ersucht die vergebende Stelle die Detailkalkulation dem Angebot beizulegen.

...

D.3 Leistungsbeschreibung

Dienstleistungen

...

D.3 Leistungsbeschreibung

...

3.1.10 Preiskalkulation

Nachstehend sind Hinweise zur Preiskalkulation angeführt, die eine Erstellung der Kalkulation erleichtern soll. Aus diesen Hinweisen kann keine Vollständigkeit abgeleitet werden.

1.

4. Die angebotenen Nachlässe (bzw. Zuschlags- und Nachlassfaktoren) kommen sowohl bei Entfall von Einzelobjekten oder zusätzlicher Beauftragung von Einzelobjekten als auch bei der Änderung von Längen- und Breitenangaben, Schwierigkeitsklassen, Stützweitenfaktoren, Höhenfaktoren, Erschwernisfaktoren, Teilleistungsfaktoren o.ä. zur Anwendung und sind daher dementsprechend zu kalkulieren.

5. Honorare für sonstige, zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht absehbare Leistungen sind entsprechend der Ausschreibung zugrunde liegenden Honorarleitlinie/RVS unter Berücksichtigung des Nachlasses der jeweiligen Projektphase (Vorentwurf, Genereller Entwurf / Einreichprojekt, Detailentwurf / Bauprojekt) zu berechnen. Anzuwenden ist derjenige Nachlass, der einem angebotenen Objekt von Art und Größe am nächsten kommt.

6. Wurden Nachlässe getrennt nach Grundleistung und Option angeboten, so kommt für zusätzliche Leistungen, die nicht eindeutig einer Position bzw. Planungsphase zugeordnet werden können der für die Optionen angebotene Nachlass gem. Angebotsdeckblatt zur Anwendung.

...

D.4 Allgemeine Vertragsbestimmungen

Dienstleistungen

...

D.4 Vertragsbestimmungen

Der zwischen dem Auftraggeber (AG) und dem Auftragnehmer (AN) abgeschlossene Vertrag wird auf der Grundlage nachstehender Vertragsbedingungen abgeschlossen.

4.1 Allgemeine Vertragsbestimmungen

4.1.1 Vertragsunterlagen

Die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragspartner ergeben sich aus dem Vertrag, das sind die gesamten dem Vertragsabschluss zugrunde gelegten Unterlagen, nämlich

1. die schriftliche Vereinbarung, durch die der Vertrag zustande gekommen ist (Auftragsschreiben)
2. die Angaben im Angebotsdeckblatt
3. die Bietererklärung

4. das mit Preisen versehene Leistungsverzeichnis
5. die Vertragsbestimmungen
6. die Beschreibung der Leistung
7. die Projektbeschreibung
8. die Ausschreibungsgrundlagen (sofern diese jeweils vorhanden sind).

Allfällige Allgemeine Geschäftsbedingungen des AN finden auf das vorliegende Vertragsverhältnis keine Anwendung.

Die Vertragsbedingungen gelten uneingeschränkt auch für alle Leistungsänderungen, zusätzliche Leistungen und optional zu erbringende Leistungen.

Ergeben sich aus dem Vertrag Widersprüche, gelten die oben angeführten Unterlagen in der dort angegebenen Reihenfolge.

...

4.1.15 Entgelt / Preisnachlässe

Soweit im Vertrag nichts anderes geregelt ist, gelten Festpreise als vereinbart.

Mit den vereinbarten Preisen sind sämtliche nach dem Vertrag zu erbringenden Leistungen und Nebenleistungen des AN abgegolten. Die angebotenen Preise gelten als Nettopreise im Sinne von § 11 Umsatzsteuergesetz. Mit den vereinbarten Preisen sind sämtliche nach dem Vertrag zu erbringenden Leistungen und Nebenleistungen des AN abgegolten. Die angebotenen Preise gelten als Nettopreise im Sinne von Paragraph 11, Umsatzsteuergesetz.

Ist ein Preisnachlass in Prozenten angegeben, so kommt dieser für die tatsächlich ausgeführte Leistung zur Anwendung und ist nicht als Bauschbetrag zu werten. Er gilt auch für berichtigte Preise und für Zusatzleistungen.

Ist ein Preisnachlass vom AN in einer bestimmten Summe angegeben, so wird diese zur Auftragssumme oder zu jenem Teil derselben, für welchen der Preisnachlass gewährt wurde, ins Verhältnis gesetzt und danach in einen prozentuellen Preisnachlass umgerechnet. Für diesen gilt der vorige Absatz.

Nebenleistungen:

Nebenleistungen verhältnismäßig geringfügige Leistungen, die der Usance entsprechend auch dann auszuführen sind, wenn sie in den Vertragsbestandteilen nicht angeführt sind, jedoch nur insoweit, als sie zur vollständigen sach- und fachgemäßen Ausführung der vertraglichen Leistung unerlässlich sind und mit dieser in unmittelbarem Zusammenhang stehen

Sie sind mit den vereinbarten Preisen abgegolten.

...

D.5 Leistungsverzeichnis

Dienstleistungen

1. Berichtigung

...

5 LEISTUNGSVERZEICHNIS

a) Vorbemerkungen

Sämtliche Leistungen, die nach den Ausschreibungsunterlagen und den daraus abzuleitenden objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung zu erbringen sind, sind vom Bieter zu erfassen und zu kalkulieren. Der Bieter ist verpflichtet, für den Fall erkennbarer wesentlicher Abweichungen zwischen Leistungsziel und Ausschreibungsunterlagen, diese Mängel im Zuge des Verfahrens beim Auftraggeber schriftlich zu rügen. Unterlässt er diese Rüge, ist davon auszugehen, dass der Bieter die Erreichung des Leistungszieles umfassend kalkuliert hat, in diesem Fall sind Nachforderungen ausgeschlossen.

Insoweit in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten ist, dass allfällige Erschwernisse einzurechnen sind oder Leistungen mit den Einheitspreisen abgegolten sind, ist das so zu verstehen, dass dies nur für solche Erschwernisse

gelten kann, die zum Zeitpunkt der Angebotserstellung aufgrund der Ausschreibungsunterlagen erkennbar und somit kalkulierbar waren. Sollten unkalkulierbare Leistungen vorliegen, hat der Bieter dies vor Ablauf der Angebotsfrist zu rügen, ansonsten von der Kalkulierbarkeit der Leistung ausgegangen wird. In diesem Fall sind Nachforderungen ausgeschlossen.

Die Abrechnung der einzelnen Positionen erfolgt nach dem tatsächlich geleisteten Ausmaß unter Berücksichtigung der Ausschreibung und der Kalkulation und dem tatsächlichen Aufwand unter Zugrundelegung der vom Bieter angebotenen Einheitspreise und Pauschalen.

Sofern für Leistungen aus der Leistungsbeschreibung keine Positionen vorgesehen sind, sind diese Leistungen mit den Einheitspreisen abgegolten.

b) Detailkalkulation

Eine Detailkalkulation ist, soweit sie nicht bereits mit dem Angebot als dessen Bestandteil mit abgegeben werden, innerhalb der im Aufforderungsschreiben angeführten Frist nachzureichen.

c) Kalkulationsgrundlagen

Allgemeines

Für die Positionen zur Straßenplanung dient der Entwurf der RVS 06.01.22 „Aufwand und Kostenabschätzung – Bundesstraßen“ sowie der RVS 06.01.21 „Ziel- und Aufgabenbeschreibung“ als Kalkulationsgrundlage.

Seitens der ausschreibenden Stelle werden die einzelnen für die Kalkulation erforderlichen Faktoren in den nachfolgenden Tabellen angegeben, um die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen.

Je nach erbrachtem Leistungsumfang werden die Längen, Stück bzw. Teilleistungsfaktoren zu 100% bzw. in reduzierter Form, sollten nur Teilbearbeitungen oder Überarbeitungen erforderlich sein, anteilmäßig vergütet. Vom Auftraggeber wurden Annahmen getroffen, welcher Anteil laut Gebühr vss. in den verschiedenen Phasen zu bearbeiten ist. Sollte in einer Phase für einen Teilbereich eine volle Neubearbeitung erforderlich sein, wird der Teilleistungsfaktor gem. Gebühr vergütet.

c.1) Projektdaten – Verrechnungslängen

...

c.2) Zugrundeliegende Grundwerte (H0)

...

c.4) Zugrundeliegende Teilleistungsfaktoren

...

Pos.1 Straßenplanung – Grundleistung

Pos.1.1 Ausschreibungsplanung

...

Pos.1.1.2 Straßenplanung

...

Pos.1.1.3 Bodenmarkierung, Verkehrszeichen, Rückhaltesysteme

...

Pos.1.1.4 Entwässerung

BP gem. RVS 06.01.21 / 22 Kanal, Graben, Mulde, Druckleitung

Zwischenergebnis

Aufschlag / Nachlass

Positionspreis

/,1 ...

/4 Sonstige Straßen

HA = 103,19/4 Sonstige Straßen, HA = 103,19

/5 Nebenwege / Begleitwege

HA = 309,58/5 Nebenwege / Begleitwege, HA = 309,58

/6 Bauprovisorien

HA = 103,19/6 Bauprovisorien, HA = 103,19

BP gem. RVS 06.01.21 / 22 Becken

Zwischenergebnis

Aufschlag / Nachlass

Positionspreis

/7 ...

Pos.2 Straßenplanung – Optionale Leistungen

Pos.2.1 Ausführungsplanung– Optionale Leistungen

...

Pos.2.1.8 Überarbeitungen und Adaptierungen

Honorarbasis

Positionspreis

/1 Ausschreibungsplanung

Fix vorgegeben: 50% von 1.1.2 – 1.1.4

/2 Ausführungsplanung

Fix vorgegeben: 50% von 2.1.1

Überarbeitungen und Adaptierungen

...“

(Ausschreibung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.3 Am 14. September 2020 fand von 11.02 Uhr bis 11.15 Uhr die Angebotsöffnung in Anwesenheit von Vertretern der Bieter statt. Dabei wurden folgende Angebote geöffnet:

Bieter

Grundleistung

Option

Gesamtpreis

XXXX römisch 40

€ XXXX € römisch 40

€ XXXX € römisch 40

€ 934.210,87

Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX Bietergemeinschaft bestehend aus römisch 40

€ XXXX € römisch 40

€ XXXX € römisch 40

€ 1.078.173,01

(Protokoll über die Angebotsöffnung vom 14. September 2020 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.4 Die Antragstellerin hat im Angebotsdeckblatt keinen Preisnachlass angeboten. Ihr Angebot lautet auszugsweise wie folgt:

„...“

D.5 Leistungsverzeichnis

Dienstleistungen

1. Berichtigung

...

Pos.1 Straßenplanung – Grundleistung

...

Pos.1.1.4 Entwässerung

BP gem. RVS 06.01.21 / 22 Kanal, Graben, Mulde, Druckleitung

Zwischenergebnis

Aufschlag / Nachlass

Positionspreis

...

/4 Sonstige Straßen

HA = 103,19/4 Sonstige Straßen, HA = 103,19

€ XXXX € römisch 40

-10 %

€ XXXX € römisch 40

/.5 Nebenwege / Begleitwege

HA = 309,58/.5 Nebenwege / Begleitwege, HA = 309,58

€ XXXX € römisch 40

-10 %

€ XXXX € römisch 40

/.6 Bauprovisorien

HA = 103,19/.6 Bauprovisorien, HA = 103,19

€ XXXX € römisch 40

-10 %

€ XXXX € römisch 40

...

Pos.2 Straßenplanung – Optionale Leistungen

Pos.2.1 Ausführungsplanung– Optionale Leistungen

...

Pos.2.1.8 Überarbeitungen und Adaptierungen

Honorarbasis

Positionspreis

/.1 Ausschreibungsplanung

Fix vorgegeben: 50% von 1.1.2 – 1.1.4

€ XXXX € römisch 40

/.2 Ausführungsplanung

Fix vorgegeben: 50% von 2.1.1

€ XXXX € römisch 40

Überarbeitungen und Adaptierungen

€ XXXX € römisch 40

..."

(Angebot der Antragstellerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.5 Mit Schreiben vom 8. Oktober 2020 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin gemäß D1.2.9 auf, die Detailkalkulation bis 15. Oktober 2020, 12.00 Uhr, über das Bieterportal nachzureichen. Die Antragstellerin reichte folgendes Dokument fristgerecht nach:

„S1, Wr. Außenring Schnellstraße, 2. Bauabschnitt Schwechat – Groß Enzersdorf / Straßenplanung – BL 2.2 Ausschreibungs- und Ausführungsplanung (Option)

Pos.

Beschreibung

n

Einheit

HA

Einheits-preis

H

Nachlass

Positionspreis

1

Straßenplanung – Grundleistung

XXXX römisch 40

1.1

Bauprojekt

XXXX römisch 40

...

1.1.4

Entwässerung

48 717,72

BP gem. RVS 06.01.21/22Kanal, Graben, Mulde, Druckleitung

XXXX römisch 40

...

1.1.4.4

Sonstige Straßen

103,19

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

-40,00%

XXXX römisch 40

1.1.4.5

Nebenwege/Begleitwege

309,58

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

-50,00%

XXXX römisch 40

1.1.4.6

Bauprovisorien

103,19

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

-40,00%

XXXX römisch 40

...

2

Straßenplanung – Optionale Leistungen

XXXX römisch 40

2.1

Ausführungsplanung

XXXX römisch 40

...

2.1.8

Überarbeitung und Adaptierungen

XXXX römisch 40

2.1.8.1

Ausschreibungsplanung

Fix vorgegeben: 50% von 1.1.2 – 1.1.4

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

2.1.8.2

Ausführungsplanung

Fix vorgegeben: 50% von 2.1.1

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

...

(Aufforderung zur Nachreichung vom 8. Oktober 2020 und Nachreichung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.6 Mit Schreiben vom 14. Oktober 2020 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin auf, gemäß Punkt 1.2.9 in Teil D1 eine Detailkalkulation bis 21. Oktober 2020, 12.00 Uhr, über das Bieterportal nachzureichen, die sämtliche preisbildende Faktoren und Annahmen wie zB Stundensätze, kalkuliertes Personal, kalkulierter (Misch-)Stundensatz, Sachaufwendungen, usw zu beinhalten habe. Die Antragstellerin reichte folgende Tabelle nach:

Pos.

Beschreibung

n

Einheit

HA

Einheitspreis

H

Nachlass

Positionspreis

Stunden- ansatz (€ 86,84/h)

Kalkulation Pauschale/Stk. bzw. Positionspreis

1

Straßenplanung – Grundleistung

XXXX römisch 40

1.1

Bauprojekt

XXXX römisch 40

...

1.1.4

Entwässerung

48 717,72

BP gem. RVS 06.01.21/22Kanal, Graben, Mulde, Druckleitung

XXXX römisch 40

...

1.1.4.4

Sonstige Straßen

103,19

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

-40,00%

XXXX römisch 40

1.1.4.5

Nebenwege/Begleitwege

309,58

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

-50,00%

XXXX römisch 40

1.1.4.6

Bauprovisorien

103,19

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

-40,00%

XXXX römisch 40

...

2

Straßenplanung – Optionale Leistungen

XXXX römisch 40

2.1

Ausführungsplanung

XXXX römisch 40

...

2.1.8

Überarbeitung und Adaptierungen

XXXX römisch 40

2.1.8.1

Ausschreibungsplanung

Fix vorgegeben: 50% von 1.1.2 – 1.1.4

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

2.1.8.2

Ausführungsplanung

Fix vorgegeben: 50% von 2.1.1

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

...

(Aufforderung zur Nachreichung vom 14. Oktober 2020 und Nachreichung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.7 Mit Schreiben vom 11. November 2020 sandete die Auftraggeberin die Antragstellerin folgende Aufforderung zur Aufklärung bis 18. November 2020, 12.10 Uhr:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für Ihr Angebot zu oben genanntem Vergabeverfahren. Im Zuge der Angebotsprüfung haben wir

nachstehende Sachverhalte festgestellt, die einer Aufklärung bedürfen:

Im Zuge der Angebotsprüfung wurde in ihrem Angebot bei der Ermittlung der Positionspreise der Positionen 1.1.4.4 sonstiges Straßen, 1.1.4.5 Nebenwege, Begleitwege, 1.1.4.6 Bauprovisorien, 1.1.3.2 Sonstige Sachkosten sowie der Position 2.1.8.1 Ausschreibungsplanung Rechenfehler festgestellt.

Gemäß den Bestimmungen des § 136 Abs 1 BvergG 2018 wird dazu folgendes festgelegt: Gemäß den Bestimmungen des Paragraph 136, Absatz eins, BvergG 2018 wird dazu folgendes festgelegt:

Stimmt bei Angeboten mit Einheitspreisen der Positionspreis mit dem aufgrund der Menge und des Einheitspreises feststellbaren Preis nicht überein, so gelten die angegebene Menge und der angebotene Einheitspreis.

Nach Abschluss der Rechnerischen Prüfung ergibt sich dadurch folgendes Ergebnis:

Pos. Nr.

Bezeichnung

Ergebnis (EP)

Nachlass

PP lt. Angebot

PP berichtigt

1.1.4.4

sonstiges Straßen

XXXX römisch 40

-10%

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

1.1.4.5

Nebenwege, Begleitwege

XXXX römisch 40

-10%

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

1.1.4.6

Bauprovisorien

XXXX römisch 40

-10%

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

1.3.2

Sonstige Sachkosten

XXXX römisch 40

-

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

2.1.8.1

Ausschreibungsplanung

XXXX römisch 40

-

XXXX römisch 40

XXXX römisch 40

Die Summe der Absolutbeträge der einzelnen Korrekturen beträgt demgemäß EUR 24.324,58 und erhöht die Angebotssumme um 2,26 % gegenüber dem ursprünglich angebotenen Gesamtpreis.

Die dem Verfahren zu Grunde liegenden Ausschreibungsbestimmungen legen unter Punkt 1.1.24 folgendes fest:

Rechnerisch fehlerhafte Angebote werden gemäß § 138 Abs. 7 BVergG 2018 nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen – erhöhend oder vermindern – 2 % oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig. Rechnerisch fehlerhafte Angebote werden gemäß Paragraph 138, Absatz 7, BVergG 2018 nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen – erhöhend oder vermindern – 2 % oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig.

Aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen bzw. aufgrund des § 141 Abs 1 Z 7 und Z 8 BVergG 2018 droht Ihrem Angebot die Ausscheidung. Aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen bzw. aufgrund des Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7 und Ziffer 8, BVergG 2018 droht Ihrem Angebot die Ausscheidung.

Nachdem gemäß den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen jedem Bieter, dessen Angebot von einer Ausscheidung bedroht ist, das Recht eingeräumt wird, Stellung zu nehmen, haben auch Sie die Möglichkeit, zu diesem Umstand innerhalb der Ihnen gemäß der Vergabeplattform gestellten Frist eine schriftliche Stellungnahme zu übermitteln.

Wir ersuchen Sie, diese Umstände innerhalb der Ihnen gemäß der Vergabeplattform gestellten Frist aufzuklären. Wir weisen Sie darauf hin, dass Ihr Angebot ausgeschieden wird, sofern Sie es unterlassen, innerhalb der Ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder Ihre Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt (vgl § 141 Abs 2 BVergG 2018).“ Wir ersuchen Sie, diese Umstände innerhalb der Ihnen gemäß der Vergabeplattform gestellten Frist aufzuklären. Wir weisen Sie darauf hin, dass Ihr Angebot ausgeschieden wird, sofern Sie es unterlassen, innerhalb der Ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder Ihre Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt vergleiche Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2018).“

(Aufforderung zur Nachreichung vom 11. November 2020 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.8 Die Antragstellerin nahm mit dem Schreiben vom 17. November 2020 dazu wie folgt Stellung:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

betreffend die Aufforderung zur Aufklärung zum o.a. Verfahren nehmen wir wie folgt Stellung:

In Ihrem Schreiben zitieren Sie das BVergG wie folgt: ‚Stimmt bei Angeboten mit Einheitspreisen der Positionspreis mit dem aufgrund der Menge und des Einheitspreises feststellbaren Preis nicht überein, so gelten die angegebene Menge und der angegebene Einheitspreis.‘

Position 1.1.4.4 bis Position 1.1.4.6 bzw. Pos. 2.1.8.1:

Es handelt sich um keinen Rechenfehler, sondern um einen Übertragungsfehler der gewährten Nachlässe beim Ausfüllen des Angebotes.

Der Einheitspreis ist der Preis nach Abzug des Nachlasses. Für den Einheitspreis ist in den Tabellen der Ausschreibung kein Feld vorgesehen. Im Angebot der Asfinag findet sich das Feld ‚Zwischenergebnis‘, auf den ein vom Bieter zu gewährendem Nachlass gegeben werden kann und aus dem sich der Positionspreis errechnet. Somit entspricht der Einheitspreis dem Positionspreis.

Alle Einheitspreise bzw. Positionspreise und der Gesamtpreis sind richtig kalkuliert, richtig angegeben und bleiben unverändert.

Bei der 2. Und 3. Aufforderung zur Nachreichung wurden bereits Kalkulation und Detailkalkulation übermittelt, aus der die schlüssige und richtige Kalkulation der Preise hervorgeht und daher kein Rechenfehler, sondern nur ein Übertragungsfehler vorliegt.

Die Position 2.1.8.1 ergibt sich zwangsläufig aus der Vorgabe des Angebotes, die mit 50% der Summe aus den Positionen 1.1.2.-1.1.4 entsprechend definiert ist.

Würde uns entgegen obiger Erläuterung der Übertragungsfehler für die Positionen 1.1.4.4 bis Position 1.1.4.6 dennoch Rechenfehler unterstellt werden, so setzt sich dieser konsekutiv auf die Position 2.1.8.1 fort. Mit dem Quellwert korrekt weiterzurechnen, kann nicht als weitere Fehler gewertet werden. Somit würde der vermeintliche Fehler der Positionen 1.1.2.-1.1.4 in Summe € 16.259,86 betragen und 1,51% der Angebotssumme entsprechen. Der Schwellwert von 2%, der ein Ausscheiden des Angebotes rechtfertigen würde, wäre somit nicht erreicht.

Weiters untermauert unsere Berechnung der Position 2.1.8.1 die richtige Kalkulation der Positionen 1.1.2.-1.1.4 und den Fehler bei der Übertragung der Nachlässe.

Position 1.3.1.2:

Der Einheitspreis wurde gerundet im Angebot mit € 1,05 angegeben, tatsächlich wurde in der Kalkulation im Programm Microsoft Excel mit einem Einheitspreis von 1,0457 gerechnet, da auch in der am 08.10.2020 übermittelten Nachsendung der ausgedruckten Kalkulation aufgrund der programmspezifischen Einstellungen gerundet dargestellt wurde. Somit ergibt sich ein geringfügiger Rundungsfehler in der Höhe von € 129.

Auf Verlangen können wir gerne die im Programm Excel erstellte Kalkulation im Format .xls übermitteln.

Zusammenfassend stellen wir fest, dass alle Preise richtig kalkuliert und gerechnet wurden, kein Rechenfehler vorliegt, sondern nur ein Übertragungsfehler der Nachlässe für die Positionen 1.1.2.-1.1.4. Es gelten alle Preise, insbesondere die angegebenen Positionspreise und der Gesamtpreis.

Mit freundlichen Grüßen

..."

(Aufklärung der Antragstellerin vom 17. November 2020 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.9 Am 12. Jänner 2021 übermittelte die Auftraggeberin der Antragstellerin folgende Ausscheidensentscheidung vom 11. Jänner 2021:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf das oben angeführte Vergabeverfahren und bedanken uns zunächst für Ihr Angebot. Wir bedauern, Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot auszuschneiden war.

Nach erfolgter Prüfung war Ihr Angebot aus folgenden Gründen auszuschneiden:

Im Zuge der Angebotsprüfung wurde in ihrem Angebot bei der Ermittlung der Positionspreise bezüglich der Positionen 1.1.4.4 sonstiges Straßen, 1.1.4.5 Nebenwege, Begleitwege, 1.1.4.6 Bauprovisorien sowie der Position 2.1.8.1 Ausschreibungsplanung ein Rechenfehler festgestellt.

Die Summe der Absolutbeträge der einzelnen Korrekturen beträgt EUR 24.195,53 und erhöht die Angebotssumme um 2,2 % gegenüber dem ursprünglich angebotenen Gesamtpreis.

Die dem Verfahren zu Grunde liegenden bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen legen unter Punkt 1.1.24 folgendes fest:

Rechnerisch fehlerhafte Angebote werden gemäß § 138 Abs. 7 BVergG 2018 nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen – erhöhend oder vermindernd – 2 %. oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig. Rechnerisch fehlerhafte Angebote werden gemäß Paragraph 138, Absatz 7, BVergG 2018 nicht weiter

berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen – erhöhend oder vermindern – 2 % oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig.

Am 11.11.2020 wurden sie unter Androhung der Ausscheidung um diesbezügliche Aufklärung ersucht. Dazu haben sie unter anderem wie folgt Stellung genommen:

Position 1.1.4.4 bis Position 1.1.4.6 bzw. Pos. 2.1.8.1:

Es handelt sich um keinen Rechenfehler, sondern um einen Übertragungsfehler der gewährten Nachlässe beim Ausfüllen des Angebotes.

Der Einheitspreis ist der Preis nach Abzug des Nachlasses. Für den Einheitspreis ist in den Tabellen der Ausschreibung kein Feld vorgesehen. Im Angebot der Asfinag findet sich das Feld ‚Zwischenergebnis‘, auf den ein vom Bieter zu gewährendem Nachlass gegeben werden kann und aus dem sich der Positionspreis errechnet. Somit entspricht der Einheitspreis dem Positionspreis.

Alle Einheitspreise bzw. Positionspreise und der Gesamtpreis sind richtig kalkuliert, richtig angegeben und bleiben unverändert.

Bei der 2. Und 3. Aufforderung zur Nachreichung wurden bereits Kalkulation und Detailkalkulation übermittelt, aus der die schlüssige und richtige Kalkulation der Preise hervorgeht und daher kein Rechenfehler, sondern nur ein Übertragungsfehler vorliegt.

In Ihrer Aufklärung vom 17.11.2020 halten sie fest, dass alle Einheitspreise bzw. Positionspreise und der Gesamtpreis richtig kalkuliert wurden und unverändert bleiben.

Gemäß Ihrer Aufklärung wäre zur rechnerischen Korrektur Ihres Angebotes der angebotene Nachlass entsprechend der Höhe des Positionspreises zu berichtigen, da alle Einheitspreise, die Positionspreise sowie der Gesamtpreis richtig kalkuliert und von Ihnen auch ausdrücklich bestätigt wurden. Diese Form der Berichtigung führt im Ergebnis zu einer unzulässigen, vergaberechtswidrigen inhaltlichen Abänderung Ihres Angebotes.

Aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen, der von Ihnen erfolgten Aufklärung war daher ihr Angebot gemäß

(1) § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden, weil es aufgrund der von Ihnen erfolgten Aufklärung vom 17.11.2020 zum vorliegenden Rechenfehler den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht.(1) Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2018 auszuscheiden, weil es aufgrund der von Ihnen erfolgten Aufklärung vom 17.11.2020 zum vorliegenden Rechenfehler den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht.

(2) § 141 Abs 1 Z 8 BVergG 2018 auszuscheiden, weil ihr Angebot i.S. des bestandsfest gewordenen Punktes 1.1.24 Rechenfehler der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen (Teil D1) rechnerisch fehlerhaft ist.(2) Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2018 auszuscheiden, weil ihr Angebot i.S. des bestandsfest gewordenen Punktes 1.1.24 Rechenfehler der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen (Teil D1) rechnerisch fehlerhaft ist.

(3) § 141 Abs 2 BVergG 2018 auszuscheiden, weil die von Ihnen erfolgte Aufklärung vom 17.11.2020 keine nachvollziehbare Begründung enthielt.“(3) Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2018 auszuscheiden, weil die von Ihnen erfolgte Aufklärung vom 17.11.2020 keine nachvollziehbare Begründung enthielt.“

(Ausscheidensentscheidung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.10 Die Auftraggeberin hat weder den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. (Stellungnahme der Auftraggeber; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.11 Die Antragstellerin bezahlte € 2.160 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

2.1 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.

2.2 Die Aussagen in der mündlichen Verhandlung wurden nur so weit herangezogen, als sie unbestritten blieben und sich auf Vorgänge im Bereich der Antragstellerin oder allgemein technische Aussagen bezogen. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes – BVwGG, BGBl I 2013/10 idF BGBl I 2019/44, lauten: 3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes – BVwGG, BGBl römisch eins 2013/10 in der Fassung BGBl römisch eins 2019/44, lauten:

„Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.“ Paragraph 6, Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.“

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes – VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2020/119, lauten: 3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes – VwGVG, BGBl römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl römisch eins 2020/119, lauten:

„Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes. Paragraph eins, Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

...

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen. Paragraph 28, (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder
 2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.
- (2) Über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn, 1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder, 2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) ...“

3.1.3 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBl I 2018/65 idF BGBl II 2019/91, lauten: 3.1.3 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBl römisch eins 2018/65 in der Fassung BGBl römisch zwei 2019/91, lauten:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

1. ...

26. Preis:

a) ...

b) Einheitspreis ist der Preis für die Einheit einer Leistung, die in Stück, Zeit-, Masse- oder anderen Maßeinheiten erfassbar ist.

c) ...

d) ...

- e) Pauschalpreis ist der für eine Gesamtleistung oder Teilleistung in einem Betrag angegebene Preis.
- f) ...Paragraph 2, Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend; 1. ..., 26. Preis; a) ..., b) Einheitspreis ist der Preis für die Einheit einer Leistung, die in Stück, Zeit-, Masse- oder anderen Maßeinheiten erfassbar ist., c) ..., d) ..., e) Pauschalpreis ist der für eine Gesamtleistung oder Teilleistung in einem Betrag angegebene Preis., f) ...

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 20. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Paragraph 20, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) ...

Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

§ 91. (1) ...Paragraph 91, (1) ...

(9) In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß § 138 Abs. 7 ausgeschlossen werden und ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist.

(9) In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß Paragraph 138, Absatz 7, ausgeschlossen werden und ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist.

...

Erstellung eines Leistungsverzeichnisses

§ 105. (1) ...Paragraph 105, (1) ...

(2) Bei der Gliederung des Leistungsverzeichnisses im Rahmen einer konstruktiven Leistungsbeschreibung ist darauf Bedacht zu nehmen, ob es sich um Leistungen gleicher oder unterschiedlicher Art und Preisbildung handelt. Ferner ist festzulegen, inwieweit die Preise zweckentsprechend aufzugliedern sind (zB Lohn, Sonstiges, Lieferung, Montage). Soweit es sich nicht um Rahmenvereinbarungen oder Rahmenverträge handelt, sind die unter einer Ordnungszahl (zB Position) angeführten Leistungen so genau wie möglich mengenmäßig zu bestimmen.

(3) Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so ist auf diese Bedacht zu nehmen.

...

Ablauf des offenen Verfahrens

§ 112. (1) ...Paragraph 112, (1) ...

(3) Während eines offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.

(4) ...

Allgemeine Bestimmungen

§ 125. (1) Der Bieter hat sich bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten.

Paragraph 125, (1) Der Bieter hat sich bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten.

(2) ...

Form der Angebote

§ 126. (1) ...Paragraph 126, (1) ...

(4) Angebote sind vollständig sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben.

(5) ...

Inhalt der Angebote

§ 127. (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

1. ...

4. die Preise samt allen geforderten Aufgliederungen und den allenfalls notwendigen Erläuterungen; im Leistungsverzeichnis sind die Preise an den hierzu bestimmten Stellen einzutragen; wird für eine Position kein Preis angegeben, so ist dies im Angebot zu erläutern;

5. ...Paragraph 127, (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten; 1. ..., 4. die Preise samt allen geforderten Aufgliederungen und den allenfalls notwendigen Erläuterungen; im Leistungsverzeichnis sind die Preise an den hierzu bestimmten Stellen einzutragen; wird für eine Position kein Preis angegeben, so ist dies im Angebot zu erläutern; 5. ...

Vorgehen bei der Prüfung

§ 135. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.Paragraph 135, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen:

1. ob den in § 20 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;

2. ...

3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;

4. ...

5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen;

1. ob den in Paragraph 20, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde; 2. ..., 3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist; 4. ..., 5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Zweifelhafte Preisangaben

§ 136. (1) Stimmt bei Angeboten mit Einheitspreisen der Positionspreis mit dem aufgrund der Menge und des Einheitspreises feststellbaren Preis nicht überein, so gelten die angegebene Menge und der angebotene Einheitspreis. Bestehen zwischen den angebotenen Einheitspreisen und einer allenfalls vorliegenden Preisaufgliederung Abweichungen, so gelten die angebotenen Einheitspreise.Paragraph 136, (1) Stimmt bei Angeboten mit Einheitspreisen der Positionspreis mit dem aufgrund der Menge und des Einheitspreises feststellbaren Preis nicht überein, so gelten die angegebene Menge und der angebotene Einheitspreis. Bestehen zwischen den angebotenen Einheitspreisen und einer allenfalls vorliegenden Preisaufgliederung Abweichungen, so gelten die angebotenen Einheitspreise.

(2) Bei Angeboten mit Pauschalpreisen gelten ausschließlich diese ohne Rücksicht auf eine etwa angegebene Preisaufgliederung.

...

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 138. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot oder über die geplante Art der Durchführung der Leistung oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter übermittelten Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Dokumentation über die Prüfung der Angebote beizuschließen.Paragraph 138, (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot oder über die geplante Art der Durchführung der Leistung oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter übermittelten Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Dokumentation über die Prüfung der Angebote beizuschließen.

(2) Die durch die erfolgte Aufklärung allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 20 Abs. 1,

112 Abs. 3, 113 Abs. 2 und 139 nicht verletzen.(2) Die durch die erfolgte Aufklärung allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der Paragraphen 20, Absatz eins, 112, Absatz 3, 113, Absatz 2 und 139 nicht verletzen.

(3) ...

(7) Rechnerisch fehlerhafte Angebote sind, sofern dies in der Ausschreibung festgelegt wurde, dann nicht weiter zu berücksichtigen, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen – erhöhend oder vermindern – 2% oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises beträgt. Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im Angebot (Übertragungsfehler), mit denen nicht weitergerechnet wurde, bleiben dabei unberücksichtigt. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers ist, ausgenommen der öffentliche Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anderes festgelegt, unzulässig.

Aufklärungen und Erörterungen

§ 139. (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungen zum Einholen von Auskünften über die Eignung sowie von Auskünften, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.Paragraph 139, (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungen zum Einholen von Auskünften über die Eignung sowie von Auskünften, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.

(2) ...

(3) Aufklärungen und Erörterungen können

1. als Gespräche in kommissioneller Form oder

2. schriftlich(3) Aufklärungen und Erörterungen können, 1. als Gespräche in kommissioneller Form oder, 2. schriftlich

durchgeführt werden. Gründe und Ergebnisse sind in der Dokumentation festzuhalten.

Dokumentation der Angebotsprüfung

§ 140. (1) Die Prüfung der Angebote ist so zu dokumentieren, dass alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände nachvollziehbar sind.Paragraph 140, (1) Die Prüfung der Angebote ist so zu dokumentieren, dass alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände nachvollziehbar sind.

(2) Über die Gesamtpreise, die sich nach Prüfung der Angebote ergeben – bei Teilvergabe auch über die betreffenden Teilgesamtpreise –, ist jedem verbliebenen Bieter Auskunft zu geben, sofern das Ergebnis der Angebotsöffnung nicht geheim ist. Jeder Bieter kann von seinem allenfalls berichtigten Angebot oder der Durchrechnung seines Angebotes Kenntnis nehmen.

(3) Der Bieter kann die Übermittlung oder Bereitstellung des Teiles der Dokumentation verlangen, der sein Angebot betrifft.

Ausscheiden von Angeboten

§ 141. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. ...

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

8. rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind, oder

9. ...Paragraph 141, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:; 1. ..., 7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, Varianten- und Abänderungsangebote,

wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, oder, 8. rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind, oder, 9. ...

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der öffentliche Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

(3) Der öffentliche Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes zu verständigen.

...

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 327. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines 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. Paragraph 327, Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines 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.

Senatszuständigkeit und -zusammensetzung

§ 328. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Paragraph 328, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des Paragraph 327,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten.

(2) ...

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 333. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden. Paragraph 333, Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

Zuständigkeit

§ 334. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen. Paragraph 334, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum

Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie
2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig, 1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie, 2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) ...

Einleitung des Verfahrens

§ 342. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und
 2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.
- Paragraph 342, (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern, 1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und, 2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) ...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 347. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist und
 2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.
- Paragraph 347, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn, 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist und, 2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2) ..."

3.2 Formale Voraussetzungen

3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG 2018 ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 (st Rspr zu Universitäten zB BVwG 12. 10. 2018, W139 2200549-1/23E, W139 220549-2/32E; 11. 8. 2020, W120 2232000-2/49E; 6. 10. 2020, W187 2233882-2/40E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 7 BVergG 2018. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG 2018, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG 2018 ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 5, BVergG 2018 ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 (st Rspr zu Universitäten zB BVwG 12. 10. 2018, W139 2200549-1/23E, W139 220549-2/32E; 11. 8. 2020, W120 2232000-2/49E; 6. 10. 2020, W187 2233882-2/40E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung

handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 7, BVergG 2018. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG 2018 ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG 2018. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 327 BVergG 2018 iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. 3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG 2018. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 327, BVergG 2018 in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 334 Abs 2 BVergG 2018 zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. 3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 334, Absatz 2, BVergG 2018 zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

3.2.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

3.2.2.1 Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 BVergG 2018 nicht fehlen. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in § 344 Abs 1 BVergG 2018 geforderten Inhalte. 3.2.2.1 Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 342, Absatz eins, BVergG 2018 nicht fehlen. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in Paragraph 344, Absatz eins, BVergG 2018 geforderten Inhalte.

3.2.2.2 Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag gemäß § 342 ff BVergG 2018 zulässig ist, wobei auch kein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß § 350 Abs 2 BVergG 2018 vorliegt. 3.2.2.2 Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 342, ff BVergG 2018 zulässig ist, wobei auch kein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß Paragraph 350, Absatz 2, BVergG 2018 vorliegt.

3.3 Zu Spruchpunkt A) – Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung

3.3.1 Vorbemerkungen

3.3.1.1 Die Antragstellerin beantragt die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen deshalb, weil kein Rechenfehler vorliege, in eventu der Rechenfehler weniger als 2 % des Gesamtpreises betrage, sodass kein Ausscheidensgrund vorliege. Die Auftraggeberin geht davon aus, dass das Angebot wegen eines Rechenfehlers der Ausschreibung widerspreche, ein Rechenfehler vorliege, der mehr als 2 % des Gesamtpreises ausmache, die Aufklärung ungenügend und das Angebot daher auszuschneiden sei.

3.3.1.2 Festzuhalten ist, dass die Ausschreibungsunterlagen und alle anderen Festlegungen in diesem Vergabeverfahren nicht rechtzeitig angefochten wurden und daher bestandsfest sind (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 22. 3. 2019/Ra 2017/04/0038; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Das Bundesverwaltungsgericht kann allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen nicht mehr aufgreifen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Das gilt auch für alle anderen Festlegungen der Auftraggeberin im Zuge des Vergabeverfahrens.

3.3.1.3 Die Ausschreibungsunterlagen und alle anderen Festlegungen und Erklärungen sowohl der Auftraggeberin, der vergebenden Stelle, der Bewerber und Bieter sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (st Rspr zB VwGH 18. 3. 2015, Ra 2015/04/0017; 15. 3. 2017, Ra 2014/04/0052). Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsunterlagen kommt es nicht an (VwGH 1. 2. 2017, Ro 2016/04/0054). Im Zweifel sind Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (st Rspr zB VwGH 9. 9. 2015, Ra 2014/04/0036). Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (st Rspr zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024; 27. 10. 2014, 2012/04/0066). Die Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zB EuGH 22. 6. 1993, C-

243/89, Kommission/Dänemark – Brücke über den „Storebælt“ Rn 39, Slg 1993, I-3353; 2. 6. 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn 39 mwN; VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Die Ausschreibungsunterlagen sind der Ausscheidensentscheidung zugrunde zu legen (zB VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090 mwN; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (VwGH 20. 5. 2010, 2007/04/0072; BVwG 16. 4. 2014, W187 2003334-1/25E), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark – Brücke über den „Storebælt“, Rn 37, Slg 1993, I-3353; BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

3.3.1.4 Die Beurteilung der Angebote erfolgt in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen (zB EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 42 mwN; 2. 6. 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn 36 mwN; 11. 5. 2017, C-131/16, Archus und Gama, Rn 33; VwGH 18. 9. 2019, Ra 2018/04/0007; 15. 3. 2017, Ra 2014/04/0052; BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/30E). Das über die Ausschreibungsunterlagen Gesagte gilt ebenso für alle anderen Festlegungen des Auftraggebers im Zuge des Vergabeverfahrens (BVwG 1. 8. 2014, W187 2008946-1/23E). Damit ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen und aller anderen Erklärungen zu ermitteln.

3.3.1.5 Ein Bieter ist gemäß § 125 Abs 1 BVergG 2018 verpflichtet, sich bei der Erstellung des Angebots an die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen zu halten. Das betrifft sowohl den Inhalt des Angebots als auch seine Form. Das Angebot muss gemäß § 126 Abs 4 BVergG 2018 vollständig sein, dh insbesondere alle geforderten Angaben enthalten und insbesondere alle verlangten Angebotsbestandteile, Nachweise und Beilagen enthalten. Dabei ist auf die konkrete Ausschreibung abzustellen. 3.3.1.5 Ein Bieter ist gemäß Paragraph 125, Absatz eins, BVergG 2018 verpflichtet, sich bei der Erstellung des Angebots an die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen zu halten. Das betrifft sowohl den Inhalt des Angebots als auch seine Form. Das Angebot muss gemäß Paragraph 126, Absatz 4, BVergG 2018 vollständig sein, dh insbesondere alle geforderten Angaben enthalten und insbesondere alle verlangten Angebotsbestandteile, Nachweise und Beilagen enthalten. Dabei ist auf die konkrete Ausschreibung abzustellen.

3.3.1.6 Entscheidend ist im offenen Verfahren ausschließlich die Papierform des Angebots, die ohne jedes weitere Zutun des Bieters Grundlage des abzuschließenden Vertrags sein soll (BVwG 13. 5. 2020, W187 2230421-1/20E). Zum Abschluss des Vertrags muss eine einseitige Erklärung des Auftraggebers genügen. Änderungen des Angebots nach Angebotsöffnung sind daher grundsätzlich ausgeschlossen (EuGH 14. 9. 2017, C-223/16, Casertana Costruzioni, Rn 35; VwGH 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0015). Der Bieter darf nicht in Wirklichkeit ein neues Angebot einreichen (EuGH 4. 5. 2017, C-387/14, Esaprojekt, Rn 39). Zulässig sind gemäß § 139 Abs 1 BVergG 2018 nur die Behebung verbesserbarer Mängel und geringfügige, unerlässliche Änderungen von Alternativangeboten. Das Verbandsverbot nach § 112 Abs 3 BVergG 2018 ist Ausdruck dieser Unabänderlichkeit (EuGH 11. 5. 2017, C-131/16, Archus und Gama, Rn 27). 3.3.1.6 Entscheidend ist im offenen Verfahren ausschließlich die Papierform des Angebots, die ohne jedes weitere Zutun des Bieters Grundlage des abzuschließenden Vertrags sein soll (BVwG 13. 5. 2020, W187 2230421-1/20E). Zum Abschluss des Vertrags muss eine einseitige Erklärung des Auftraggebers genügen. Änderungen des Angebots nach Angebotsöffnung sind daher grundsätzlich ausgeschlossen (EuGH 14. 9. 2017, C-223/16, Casertana Costruzioni, Rn 35; VwGH 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0015). Der Bieter darf nicht in Wirklichkeit ein neues Angebot einreichen (EuGH 4. 5. 2017, C-387/14, Esaprojekt, Rn 39). Zulässig sind gemäß Paragraph 139, Absatz eins, BVergG 2018 nur die Behebung verbesserbarer Mängel und geringfügige, unerlässliche Änderungen von Alternativangeboten. Das Verbandsverbot nach Paragraph 112, Absatz 3, BVergG 2018 ist Ausdruck dieser Unabänderlichkeit (EuGH 11. 5. 2017, C-131/16, Archus und Gama, Rn 27).

3.3.1.7 Ein Mangel ist verbesserbar, wenn die Behebung des Mangels nicht zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann (zB VwGH 5. 10. 2016, Ra 2015/04/0002 mwN; 27. 2. 2019, Ra 2017/04/0054 mwN). Dabei darf ein Bieter nicht gegenüber seinen Mitbieterinnen bevorzugt werden (zB VwGH 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0015 mwN). Der Bieter darf Bieter in Wirklichkeit kein neues Angebot einreichen (EuGH 4. 5. 2017, C-387/14, Esaprojekt, Rn 39 mwN; VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087 mwN), der Auftraggeber darf keine Behebung von Mängeln zulassen, die nach den Festlegungen der Ausschreibung mit dem Ausscheiden bedroht sind (EuGH 6. 11. 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda und CEM Ambiente, Rn 46; 28. 2. 2018, C-523/16 und C-536/16, M.A.T.I. SUD ua, Rn 65). Auszuscheiden ist ein Angebot, das etwa nicht den technischen Spezifikationen der Ausschreibung entspricht (EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 31). Allerdings kommt ein Ausscheiden eines Bieters aus einem Grund nicht

in Frage, der sich nicht aus der Ausschreibung oder dem anzuwendenden Recht (EuGH 2. 6. 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn 51) oder aus der Aufforderung zur Behebung von Mängeln ergibt (EuGH 29. 3. 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko ua, Rn 44). Zuzulassen ist eine Verbesserung jedenfalls dann, wenn die vorzulegende Einheit bereits zum maßgeblichen Zeitpunkt bestanden hat (zB VwGH 11. 11. 2015, Ra 2015/04/0077 nWN).

Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob der Bieter seine Wettbewerbsstellung verbessern kann. Ob ein Angebot einen zum Ausscheiden führenden Mangel aufweist, ist am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen (st Rspr, zB VwGH 23. 11. 2016, Ra 2015/04/0084). Die Überprüfung des Vorliegens des Ausscheidenstatbestandes erfordert somit die Auslegung der bestandfesten Ausschreibungsbedingungen und der vom betreffenden Bieter erstatteten Angebotslegung. Die Beurteilung der Ausschreibungskonformität stellt eine Einzelfallbeurteilung dar (VwGH 18. 9. 2019, Ra 2018/04/0096).

3.3.1.8 Das BVergG enthält keine Definition des Rechenfehlers (zB BVwG 5. 12. 2018, W139 2206369-2/24E). Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass es sich bei einem Rechenfehler iSd BVergG um eine „mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters“ handelt (VwGH 27. 6. 2007, 2005/04/0111). Ein Rechenfehler liegt demnach dann vor, wenn der Bieter meint, etwas Anderes anzubieten als er nach dem objektiven Erklärungswert tatsächlich anbietet (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [2. Lfg 2012] § 126 Rz 38). Daraus kann jedoch nicht der Umkehrschluss gezogen werden, jede derartige irrtümliche Willenserklärung sei ein Rechenfehler (VwGH 22. 3. 2019, Ra 2018/04/0176). Damit kommt es nicht darauf an, ob die rechnerische Operation richtig ausgeführt wurden (VwGH 27. 6. 2007, 2005/04/0111). Diese Aussage schließt jedoch nicht aus, auch eine unrichtige rechnerische Operation als Rechenfehler anzusehen, wenn etwa eine Rechnung innerhalb einer Position widersprüchlich ist. Ein Rechenfehler muss sich aus dem Angebot selbst ergeben (Casati in Gölles [Hrsg], BVergG 2018 [2019] § 91 Rz 26). Da der Erklärungsirrtum evident sein muss, muss er ohne weitere Nachforschungen oder Nachfragen erkennbar sein. Für diese Sicht spricht auch, dass der Auftraggeber gemäß § 138 Abs 7 BVergG 2018 nach der sogenannten Rechenfehlerregel ohne weitere Nachfrage eine Berichtigung des Angebots vornehmen darf, was er nicht könnte, wäre der Erklärungsirrtum nicht evident. Ein Rechenfehler muss Einfluss auf den Gesamtpreis haben (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr [Hrsg], Handbuch Vergaberecht4 [2015] Rz 1555; idS auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [2. Lfg 2012] § 126 Rz 38). Nicht als Rechenfehler gelten gemäß § 138 Abs 7 BVergG 2018 Übertragungsfehler, mit denen nicht weitergerechnet wurde (Deutschmann/Heid in Heid/Deutschmann/Hofbauer/Reisner [Hrsg], BVergG 2018 [2019] zu § 138 BVergG 2018 Rz 18). Ebenso wenig sind falsche Preisangaben Rechenfehler. Die fehlerhafte Übertragung von Einheitspreisen aus dem K7-Blatt in das Leistungsverzeichnis beruht nicht auf der falschen Anwendung mathematischer Regeln. Derartige Eingabe- und Abschreibfehler können allerdings durchaus beachtliche Erklärungsirrtümer iSd § 871 ABGB darstellen (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [2. Lfg 2012] § 126 Rz 41).

3.3.1.8 Das BVergG enthält keine Definition des Rechenfehlers (zB BVwG 5. 12. 2018, W139 2206369-2/24E). Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass es sich bei einem Rechenfehler iSd BVergG um eine „mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters“ handelt (VwGH 27. 6. 2007, 2005/04/0111). Ein Rechenfehler liegt demnach dann vor, wenn der Bieter meint, etwas Anderes anzubieten als er nach dem objektiven Erklärungswert tatsächlich anbietet (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [2. Lfg 2012] Paragraph 126, Rz 38). Daraus kann jedoch nicht der Umkehrschluss gezogen werden, jede derartige irrtümliche Willenserklärung sei ein Rechenfehler (VwGH 22. 3. 2019, Ra 2018/04/0176). Damit kommt es nicht darauf an, ob die rechnerische Operation richtig ausgeführt wurden (VwGH 27. 6. 2007, 2005/04/0111). Diese Aussage schließt jedoch nicht aus, auch eine unrichtige rechnerische Operation als Rechenfehler anzusehen, wenn etwa eine Rechnung innerhalb einer Position widersprüchlich ist. Ein Rechenfehler muss sich aus dem Angebot selbst ergeben (Casati in Gölles [Hrsg], BVergG 2018 [2019] Paragraph 91, Rz 26). Da der Erklärungsirrtum evident sein muss, muss er ohne weitere Nachforschungen oder Nachfragen erkennbar sein. Für diese Sicht spricht auch, dass der Auftraggeber gemäß Paragraph 138, Absatz 7, BVergG 2018 nach der sogenannten Rechenfehlerregel ohne weitere Nachfrage eine Berichtigung des Angebots vornehmen darf, was er nicht könnte, wäre der Erklärungsirrtum nicht evident. Ein Rechenfehler muss Einfluss auf den Gesamtpreis haben (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr [Hrsg], Handbuch Vergaberecht4 [2015] Rz 1555; idS auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [2. Lfg 2012] Paragraph 126, Rz 38). Nicht als Rechenfehler gelten gemäß Paragraph 138, Absatz 7, BVergG 2018 Übertragungsfehler, mit denen nicht weitergerechnet wurde (Deutschmann/Heid in Heid/Deutschmann/Hofbauer/Reisner [Hrsg], BVergG 2018 [2019] zu

Paragraph 138, BVergG 2018 Rz 18). Ebenso wenig sind falsche Preisangaben Rechenfehler. Die fehlerhafte Übertragung von Einheitspreisen aus dem K7-Blatt in das Leistungsverzeichnis beruht nicht auf der falschen Anwendung mathematischer Regeln. Derartige Eingabe- und Abschreibfehler können allerdings durchaus beachtliche Erklärungsirrtümer iSd Paragraph 871, ABGB darstellen (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [2. Lfg 2012] Paragraph 126, Rz 41).

Der Auftraggeber muss gemäß § 91 Abs 9 BVergG 2018 in der Ausschreibung angeben, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß § 138 Abs 7 BVergG 2018 ausgeschieden werden und ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist. Der Auftraggeber kann Rechenfehler gemäß § 138 Abs 7 BVergG 2018 ohne weiteres berichtigen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen (VwGH 27. 6. 2007, 2005/04/0111), dh nach Maßgabe der Angaben des Auftraggebers gemäß § 91 Abs 9 BVergG 2018. Die Berichtigung erfolgt durch Vornahme der rechnerisch richtigen Rechenoperation oder durch Herstellung der evidenten Richtigkeit der Preise einschließlich des Gesamtpreises (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [2. Lfg 2012] § 126 Rz 42). § 136 BVergG 2018 enthält Regeln zur Herstellung der rechnerischen Richtigkeit in einem Leistungsverzeichnis mit Einheitspreisen, des Vorrangs des Einheitspreises im Leistungsverzeichnis vor der Preisaufgliederung und des Vorrangs eines Pauschalpreises im Leistungsverzeichnis vor einer Preisaufgliederung. Liegt kein Rechenfehler vor, kann der Auftraggeber auch keine Preise korrigieren (VwGH 25. 3. 2010, 2005/04/0144). Gemäß § 141 Abs 1 Z 8 BVergG 2018 muss der Auftraggeber Angebote ausscheiden, die nach den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind. Enthält die Ausschreibung Angaben über die Behandlung von Rechenfehlern, kommt auch ein Ausscheiden gemäß § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 in Betracht. Der Auftraggeber muss gemäß Paragraph 91, Absatz 9, BVergG 2018 in der Ausschreibung angeben, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß Paragraph 138, Absatz 7, BVergG 2018 ausgeschieden werden und ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist. Der Auftraggeber kann Rechenfehler gemäß Paragraph 138, Absatz 7, BVergG 2018 ohne weiteres berichtigen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen (VwGH 27. 6. 2007, 2005/04/0111), dh nach Maßgabe der Angaben des Auftraggebers gemäß Paragraph 91, Absatz 9, BVergG 2018. Die Berichtigung erfolgt durch Vornahme der rechnerisch richtigen Rechenoperation oder durch Herstellung der evidenten Richtigkeit der Preise einschließlich des Gesamtpreises (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [2. Lfg 2012] Paragraph 126, Rz 42). Paragraph 136, BVergG 2018 enthält Regeln zur Herstellung der rechnerischen Richtigkeit in einem Leistungsverzeichnis mit Einheitspreisen, des Vorrangs des Einheitspreises im Leistungsverzeichnis vor der Preisaufgliederung und des Vorrangs eines Pauschalpreises im Leistungsverzeichnis vor einer Preisaufgliederung. Liegt kein Rechenfehler vor, kann der Auftraggeber auch keine Preise korrigieren (VwGH 25. 3. 2010, 2005/04/0144). Gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2018 muss der Auftraggeber Angebote ausscheiden, die nach den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind. Enthält die Ausschreibung Angaben über die Behandlung von Rechenfehlern, kommt auch ein Ausscheiden gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2018 in Betracht.

3.3.1.9 Gemäß § 2 Z 26 lit b BVergG 2018 ist ein Einheitspreis der Preis für die Einheit einer Leistung, die in Stück, Zeit-, Masse- oder anderen Maßeinheiten erfassbar ist. Der Leistungsumfang ist annähernd bestimmt. Die Kalkulation ist mengenabhängig. (Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [2. Lfg 2012] § 2 Z 24 Rz 5). 3.3.1.9 Gemäß Paragraph 2, Ziffer 26, Litera b, BVergG 2018 ist ein Einheitspreis der Preis für die Einheit einer Leistung, die in Stück, Zeit-, Masse- oder anderen Maßeinheiten erfassbar ist. Der Leistungsumfang ist annähernd bestimmt. Die Kalkulation ist mengenabhängig. (Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [2. Lfg 2012] Paragraph 2, Ziffer 24, Rz 5).

3.3.1.10 Daher ist zu prüfen, welche Art von Preisen im Leistungsverzeichnis anzugeben sind, ob eine Berichtigung durch den Auftraggeber geboten ist und ob ein mit einem evidenten Erklärungsirrtum versehene Willenserklärung, dh ein Rechenfehler, oder ein – nach dem Vorbringen der Antragstellerin verbesserbarer – reiner Übertragungsfehler vorliegt.

3.3.2 Zum Vorliegen eines Rechenfehlers

3.3.2.1 In der gegenständlichen Ausschreibung hat die Auftraggeberin in Punkt 1.1.24 in Teil D1 Allgemeine Ausschreibungsbedingungen angegeben, dass rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß § 138 Abs 7 BVergG 2018 nicht weiter berücksichtigt werden, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen – erhöhend oder vermindern – 2 % oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge

einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig. Daraus ergeben sich zusammengefasst drei Aussagen: Zur Bestimmung, ob die Berichtigungen die Schwelle von 2 % übersteigen, werden die Absolutbeträge aller vorgenommenen Berichtigungen addiert. Übersteigt diese Summe 2 % des Gesamtpreises, wird das Angebot ausgeschieden. Eine Vorreihung eines Angebots ist nach der Berichtigung von Rechenfehlern ausgeschlossen. 3.3.2.1 In der gegenständlichen Ausschreibung hat die Auftraggeberin in Punkt 1.1.24 in Teil D1 Allgemeine Ausschreibungsbedingungen angegeben, dass rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß Paragraph 138, Absatz 7, BVergG 2018 nicht weiter berücksichtigt werden, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen – erhöhend oder vermindern – 2 % oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig. Daraus ergeben sich zusammengefasst drei Aussagen: Zur Bestimmung, ob die Berichtigungen die Schwelle von 2 % übersteigen, werden die Absolutbeträge aller vorgenommenen Berichtigungen addiert. Übersteigt diese Summe 2 % des Gesamtpreises, wird das Angebot ausgeschieden. Eine Vorreihung eines Angebots ist nach der Berichtigung von Rechenfehlern ausgeschlossen.

3.3.2.2 Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 einen Nachlass von 10 % angeboten. Rechnerisch ergibt sich jedoch, dass sie im Positionspreis Nachlässe von 40 % in den Positionen 1.1.4.4 und 1.1.4.6 sowie 50 % in der Position 1.1.4.5 gegenüber dem „Zwischenergebnis“ angeboten hat. In den Nachreichungen, die in Punkt 1.5 und 1.6 der Feststellungen in diesem Erkenntnis wiedergegeben sind, hat sie die zuletzt genannten Nachlässe dargestellt.

3.3.2.3 Die Angabe der Preise im Leistungsverzeichnis erfolgt in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 so, dass der Bieter ein „Zwischenergebnis“, einen Nachlass oder Aufschlag und einen Positionspreis einträgt. Der Positionspreis errechnet sich durch eine Multiplikation des „Zwischenergebnisses“ mit dem Nachlass oder Aufschlag. Nach Punkt c) in Teil D5 bilden die RVS 06.01.22 „Aufwand und Kostenabschätzung – Bundesstraßen“ sowie der RVS 06.01.21 „Ziel- und Aufgabenbeschreibung“ die Grundlagen der Kalkulation. Nach Punkt 2 RVS 06.01.22 ergibt sich das Honorar (H) aus dem Produkt vom objektivierten Aufwand (HA) und Einheitspreis (EP). Der objektivierte Aufwand errechnet sich als Summe der Produkte aus dem Grundwert, der Verrechnungslänge, dem Schwierigkeitsfaktor und dem Teilleistungsfaktor. Für den objektivierten Aufwand enthalten die RVS 06.01.22 Berechnungsformeln und die Ausschreibung in den Punkten c2) bis c4) in Teil D5 die entsprechenden Parameter. Lediglich der Einheitspreis ist vom Bieter selbständig anzugeben und bemisst sich nach dem Aufwand des Büros. Das so errechnete Honorar ist dem als „Zwischenergebnis“ bezeichneten Feld im Leistungsverzeichnis einzutragen. Der Antragstellerin ist zuzustimmen, dass die RVS 06.01.22 die Bezeichnung „Zwischenergebnis“ nicht kennt. Dennoch rechnet die Antragstellerin in ihrer Preisherleitung nach dieser Formel mit diesen Parametern und wendet auf das so errechnete und von der Antragstellerin auch so bezeichnete Honorar in jeder Position den jeweiligen Nachlass oder Aufschlag an, um den Positionspreis zu errechnen. Sie setzt in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 sowie anderen Positionen in ihrer Preisherleitung das Honorar nach der RVS 06.01.22 mit dem „Zwischenergebnis“ des Leistungsverzeichnisses gleich. Das entspricht dem Verständnis der Auftraggeberin im Leistungsverzeichnis, wenn sie auf die Berechnung des Honorars nach der RVS 06.01.22 verweist. Im Unterschied zu einem Einheitspreis, der gemäß § 2 Z 26 BVergG 2018 der Preis für eine Einheit vor der Multiplikation mit der Menge ist, enthält das Honorar nach der RVS 06.01.22 bereits eine Mengenangabe, weil der objektivierte Aufwand, der zu seiner Herleitung mit dem Einheitspreis multipliziert wird, ua die Verrechnungslänge, die die Länge der planenden Straße angibt. Punkt c3) in Teil D5 enthält diese für die einzelnen Teilleistungen der gegenständlichen Ausschreibung. Auch die genannten anderen Parameter zur Herleitung des objektivierten Aufwands HA bestimmen die Menge an zu erbringenden Stunden und sind daher auch ein Mengenvorsatz. Daher ist § 136 Abs 1 BVergG 2018 mangels Einheitspreises nicht anwendbar. Ebenso wenig handelt es sich um Pauschalpreise § 2 Z 26 lit e BVergG 2018, da die Preisherleitung von einem Einheitspreis ausgeht und nach genauen, von der Ausschreibung vorgegebenen Berechnungsformeln vorzunehmen ist. Daher ist auch § 136 Abs 2 BVergG 2018 nicht anwendbar. Im Rechengang entspricht die vorliegende Ausschreibung jedoch dem Beispiel 3, das die Antragstellerin in ihrer Replik vom 9. Februar 2021 vorgebracht hat, auch wenn im gegenständlichen Leistungsverzeichnis der vom Bieter selbständig zu bemessende Einheitspreis nirgendwo gesondert anzugeben war. 3.3.2.3 Die Angabe der Preise im Leistungsverzeichnis erfolgt in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 so, dass der Bieter ein „Zwischenergebnis“, einen Nachlass oder Aufschlag und einen Positionspreis einträgt. Der Positionspreis errechnet sich durch eine Multiplikation des „Zwischenergebnisses“ mit dem Nachlass oder Aufschlag. Nach Punkt c) in Teil D5 bilden die RVS 06.01.22 „Aufwand und Kostenabschätzung – Bundesstraßen“ sowie der RVS 06.01.21 „Ziel- und Aufgabenbeschreibung“ die Grundlagen der Kalkulation. Nach Punkt 2 RVS 06.01.22 ergibt sich das Honorar (H) aus

dem Produkt vom objektivierten Aufwand (HA) und Einheitspreis (EP). Der objektivierter Aufwand errechnet sich als Summe der Produkte aus dem Grundwert, der Verrechnungslänge, dem Schwierigkeitsfaktor und dem Teilleistungsfaktor. Für den objektivierten Aufwand enthalten die RVS 06.01.22 Berechnungsformeln und die Ausschreibung in den Punkten c2) bis c4) in Teil D5 die entsprechenden Parameter. Lediglich der Einheitspreis ist vom Bieter selbständig anzugeben und bemisst sich nach dem Aufwand des Büros. Das so errechnete Honorar ist dem als „Zwischenergebnis“ bezeichneten Feld im Leistungsverzeichnis einzutragen. Der Antragstellerin ist zuzustimmen, dass die RVS 06.01.22 die Bezeichnung „Zwischenergebnis“ nicht kennt. Dennoch rechnet die Antragstellerin in ihrer Preisherleitung nach dieser Formel mit diesen Parametern und wendet auf das so errechnete und von der Antragstellerin auch so bezeichnete Honorar in jeder Position den jeweiligen Nachlass oder Aufschlag an, um den Positionspreis zu errechnen. Sie setzt in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 sowie anderen Positionen in ihrer Preisherleitung das Honorar nach der RVS 06.01.22 mit dem „Zwischenergebnis“ des Leistungsverzeichnisses gleich. Das entspricht dem Verständnis der Auftraggeberin im Leistungsverzeichnis, wenn sie auf die Berechnung des Honorars nach der RVS 06.01.22 verweist. Im Unterschied zu einem Einheitspreis, der gemäß Paragraph 2, Ziffer 26, BVergG 2018 der Preis für eine Einheit vor der Multiplikation mit der Menge ist, enthält das Honorar nach der RVS 06.01.22 bereits eine Mengenangabe, weil der objektivierter Aufwand, der zu seiner Herleitung mit dem Einheitspreis multipliziert wird, ua die Verrechnungslänge, die die Länge der planenden Straße angibt. Punkt c3) in Teil D5 enthält diese für die einzelnen Teilleistungen der gegenständlichen Ausschreibung. Auch die genannten anderen Parameter zur Herleitung des objektivierten Aufwands HA bestimmen die Menge an zu erbringenden Stunden und sind daher auch ein Mengenvorsatz. Daher ist Paragraph 136, Absatz eins, BVergG 2018 mangels Einheitspreises nicht anwendbar. Ebenso wenig handelt es sich um Pauschalpreise Paragraph 2, Ziffer 26, Litera e, BVergG 2018, da die Preisherleitung von einem Einheitspreis ausgeht und nach genauen, von der Ausschreibung vorgegebenen Berechnungsformeln vorzunehmen ist. Daher ist auch Paragraph 136, Absatz 2, BVergG 2018 nicht anwendbar. Im Rechengang entspricht die vorliegende Ausschreibung jedoch dem Beispiel 3, das die Antragstellerin in ihrer Replik vom 9. Februar 2021 vorgebracht hat, auch wenn im gegenständlichen Leistungsverzeichnis der vom Bieter selbständig zu bemessende Einheitspreis nirgendwo gesondert anzugeben war.

3.3.2.4 Grundsätzlich dient die im Zuge der Angebotsprüfung vorgelegte Preisherleitung ebenso wie bei Anwendung der ÖNORM B 2061 die Kalkulationsformblätter der Erklärung der Preise im Angebot. Es ist jedoch nicht Aufgabe der Aufklärung, die Angaben im Angebot zu ersetzen oder zu ändern. Da die Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 in sich rechnerisch fehlerhaft sind, musste die Auftraggeberin diesen Umstand gemäß § 135 Abs 2 Z 3 BVergG 2018 prüfen und die Antragstellerin gemäß § 138 Abs 1 BVergG 2018 zur Aufklärung auffordern. Der Auftraggeberin ist zuzubilligen, dass die Abrechnung gemäß Punkt a) in Teil D5 nach dem tatsächlich geleisteten Ausmaß unter Berücksichtigung der Ausschreibung und der Kalkulation und dem tatsächlichen Aufwand unter Zugrundelegung der vom Bieter angebotenen Einheitspreise und Pauschalen erfolgen soll. Nach Punkt 4.1.1 in Teil D4 hat bei der Durchführung der Leistung nach Vertragsabschluss das Leistungsverzeichnis im Zweifel Vorrang vor den Vertragsbestimmungen. Gemäß Punkt 4.1.15 in Teil D4 der Ausschreibung kommen in Prozent angegebene Preisnachlässe im Angebot bei der Abrechnung zur Anwendung. Aufgrund des Vorrangs von Punkt a) in Teil D5 vor Punkt 4.1.15 in Teil D4 bleibt unklar, ob 10 % Nachlass anstelle der sich aus dem Vergleich von „Zwischenergebnis“ und Honorar sowie der vorgelegten Preisherleitung 40 % bzw 50 % verrechnet werden. Für eine Korrektur der Prozentsätze ohne Aufklärung durch den Bieter bietet das Gesetz der Auftraggeberin mangels Einheitspreisen im Angebot keine Grundlage. Es ist vielmehr anzunehmen, dass der Rückgriff auf die Kalkulation bei der Abrechnung das tatsächlich geleistete Ausmaß und den tatsächlichen Aufwand betrifft. Diese Parameter sind in der Kalkulation vorgegeben und können sich im Zuge der Durchführung der Arbeiten und damit auch für die Abrechnung ändern, weshalb nicht die kalkulierten, sondern die tatsächlich entstandenen Parameter der Abrechnung zu Grunde zu legen sein sollen. Die Nachlässe hingegen sind ebenso wie der in erster Linie auf den Preis einer verrechneten Arbeitsstunde bezogene Einheitspreis unveränderlich. Die Nachlässe sind daher dem Angebot zu entnehmen.

3.3.2.4 Grundsätzlich dient die im Zuge der Angebotsprüfung vorgelegte Preisherleitung ebenso wie bei Anwendung der ÖNORM B 2061 die Kalkulationsformblätter der Erklärung der Preise im Angebot. Es ist jedoch nicht Aufgabe der Aufklärung, die Angaben im Angebot zu ersetzen oder zu ändern. Da die Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 in sich rechnerisch fehlerhaft sind, musste die Auftraggeberin diesen Umstand gemäß Paragraph 135, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2018 prüfen und die Antragstellerin gemäß Paragraph 138, Absatz eins, BVergG 2018 zur Aufklärung auffordern. Der Auftraggeberin ist zuzubilligen, dass die Abrechnung gemäß Punkt a) in Teil D5 nach dem tatsächlich geleisteten Ausmaß unter Berücksichtigung der

Ausschreibung und der Kalkulation und dem tatsächlichen Aufwand unter Zugrundelegung der vom Bieter angebotenen Einheitspreise und Pauschalen erfolgen soll. Nach Punkt 4.1.1 in Teil D4 hat bei der Durchführung der Leistung nach Vertragsabschluss das Leistungsverzeichnis im Zweifel Vorrang vor den Vertragsbestimmungen. Gemäß Punkt 4.1.15 in Teil D4 der Ausschreibung kommen in Prozent angegebene Preisnachlässe im Angebot bei der Abrechnung zur Anwendung. Aufgrund des Vorrangs von Punkt a) in Teil D5 vor Punkt 4.1.15 in Teil D4 bleibt unklar, ob 10 % Nachlass anstelle der sich aus dem Vergleich von „Zwischenergebnis“ und Honorar sowie der vorgelegten Preisherleitung 40 % bzw 50 % verrechnet werden. Für eine Korrektur der Prozentsätze ohne Aufklärung durch den Bieter bietet das Gesetz der Auftraggeberin mangels Einheitspreisen im Angebot keine Grundlage. Es ist vielmehr anzunehmen, dass der Rückgriff auf die Kalkulation bei der Abrechnung das tatsächlich geleistete Ausmaß und den tatsächlichen Aufwand betrifft. Diese Parameter sind in der Kalkulation vorgegeben und können sich im Zuge der Durchführung der Arbeiten und damit auch für die Abrechnung ändern, weshalb nicht die kalkulierten, sondern die tatsächlich entstandenen Parameter der Abrechnung zu Grunde zu legen sein sollen. Die Nachlässe hingegen sind ebenso wie der in erster Linie auf den Preis einer verrechneten Arbeitsstunde bezogene Einheitspreis unveränderlich. Die Nachlässe sind daher dem Angebot zu entnehmen.

3.3.2.5 Fraglich ist nun, ob ein evidenter Erklärungsirrtum vorliegt. Dass ein Fehler vorliegt, ist insofern evident, als die Angaben im Angebot rechnerisch fehlerhaft sind. Dieser Erklärungsirrtum ist jedoch nicht so, dass eine der gesetzlichen Regeln zur Berichtigung von Preisen durch die Auftraggeberin ohne weiteres Zutun der Antragstellerin anwendbar wäre. Es ist aus dem Angebot alleine nicht erkennbar, ob nun der Nachlass oder der Positionspreis richtig ist. Aus dem Blickwinkel der Auftraggeberin ist ohne Rückfrage bei der Antragstellerin nicht erkenn- und entscheidbar, welche der beiden Angaben als angeboten anzusehen ist. Wenn man jedoch die Regeln für die Abrechnung entsprechend dem Leistungsverzeichnis und den Vertragsbestimmungen anwendet, ergibt sich, dass der Nachlass wie im Leistungsverzeichnis angegeben als angeboten anzusehen ist. Der Positionspreis ist für die Abrechnung deshalb nicht maßgeblich, weil der ausgeschriebene Aufwand bereits im „Zwischenergebnis“ enthalten ist, sodass die Regeln für die Berichtigung von Positionspreisen in § 136 Abs 1 BVergG 2018 nicht anwendbar sind, und die Abrechnung nach dem tatsächlichen Ausmaß erfolgen soll. Insgesamt ergibt sich daher, dass die Positionspreise zu korrigieren sind.

3.3.2.5 Fraglich ist nun, ob ein evidenter Erklärungsirrtum vorliegt. Dass ein Fehler vorliegt, ist insofern evident, als die Angaben im Angebot rechnerisch fehlerhaft sind. Dieser Erklärungsirrtum ist jedoch nicht so, dass eine der gesetzlichen Regeln zur Berichtigung von Preisen durch die Auftraggeberin ohne weiteres Zutun der Antragstellerin anwendbar wäre. Es ist aus dem Angebot alleine nicht erkennbar, ob nun der Nachlass oder der Positionspreis richtig ist. Aus dem Blickwinkel der Auftraggeberin ist ohne Rückfrage bei der Antragstellerin nicht erkenn- und entscheidbar, welche der beiden Angaben als angeboten anzusehen ist. Wenn man jedoch die Regeln für die Abrechnung entsprechend dem Leistungsverzeichnis und den Vertragsbestimmungen anwendet, ergibt sich, dass der Nachlass wie im Leistungsverzeichnis angegeben als angeboten anzusehen ist. Der Positionspreis ist für die Abrechnung deshalb nicht maßgeblich, weil der ausgeschriebene Aufwand bereits im „Zwischenergebnis“ enthalten ist, sodass die Regeln für die Berichtigung von Positionspreisen in Paragraph 136, Absatz eins, BVergG 2018 nicht anwendbar sind, und die Abrechnung nach dem tatsächlichen Ausmaß erfolgen soll. Insgesamt ergibt sich daher, dass die Positionspreise zu korrigieren sind.

3.3.2.6 Position 2.1.8.1 berechnet sich als Hälfte der Summe der Positionspreise der Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6. Der Positionspreis hängt daher direkt von den oben geprüften Positionen ab. Eine Korrektur der Positionspreise in den Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 wirkt sich daher direkt auf den Positionspreis der Position 2.1.8.1 aus, sodass dieser ebenfalls zu korrigieren ist. Einem Seitenübertrag, mit dem nicht weitergerechnet wurde, ist diese „Fortschreibung“ der Positionen 1.1.4.4, 1.1.4.5 und 1.1.4.6 deshalb nicht vergleichbar, weil anders als bei einem Seitenübertrag die Position 2.1.8.1 in die Berechnung des Gesamtpreises des Angebots einfließt und damit mit dieser Position weitergerechnet wird. Damit beträgt die Summe der Korrekturen € 24.195,58 oder 2,24 % des Gesamtpreises.

3.3.2.7 Da somit das Angebot rechnerisch fehlerhaft ist, eine Berichtigung auf Grundlage der Ausschreibung möglich ist, auch wenn keine der Regeln des § 136 BVergG 2018 anwendbar ist und die Berichtigungen in Summe mehr als 2 % des Gesamtpreises ausmacht, ist es nach Punkt D1.1.1.24 und § 138 Abs 7 BVergG 2018 nicht weiter zu berücksichtigen. Die Ausscheidensgründe des § 141 Abs 1 Z 7 und 8 BVergG 2018 sind daher erfüllt.

3.3.2.7 Da somit das Angebot rechnerisch fehlerhaft ist, eine Berichtigung auf Grundlage der Ausschreibung möglich ist, auch wenn keine der Regeln des Paragraph 136, BVergG 2018 anwendbar ist und die Berichtigungen in Summe mehr als 2 % des

Gesamtpreises ausmacht, ist es nach Punkt D1.1.1.24 und Paragraph 138, Absatz 7, BVergG 2018 nicht weiter zu berücksichtigen. Die Ausscheidensgründe des Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7 und 8 BVergG 2018 sind daher erfüllt.

3.4 Zu Spruchpunkt B) – Unzulässigkeit der Revision

3.4.1 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. 3.4.1 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.

3.4.2 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. Dazu wird auf die unter 3.2 und 3.3. zitierte höchstgerichtliche Rechtsprechung verwiesen. Überdies hängt die vorliegende Entscheidung in hohem Maße von der Auslegung der Ausschreibung und der Ermittlung des Inhalts des Angebots von der Auslegung des Angebots ab, die als Einzelfallbeurteilung grundsätzlich nicht revisibel sind (zB VwGH 18. 9. 2019, Ra 2018/04/0007). Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. 3.4.2 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. Dazu wird auf die unter 3.2 und 3.3. zitierte höchstgerichtliche Rechtsprechung verwiesen. Überdies hängt die vorliegende Entscheidung in hohem Maße von der Auslegung der Ausschreibung und der Ermittlung des Inhalts des Angebots von der Auslegung des Angebots ab, die als Einzelfallbeurteilung grundsätzlich nicht revisibel sind (zB VwGH 18. 9. 2019, Ra 2018/04/0007). Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig Angebotsänderung Aufklärung mangelhaft Auslegung der Ausschreibung Ausscheiden eines Angebotes Ausscheidensentscheidung Ausscheidensgrund Behebbarkeit von Mängeln Berechnung Berichtigung bestandfeste Ausschreibung Bietergemeinschaft Bietergleichbehandlung Dienstleistungsauftrag Erklärung geringfügige Änderung Geringfügigkeitsgrenze Gleichbehandlung Grundsatz der Gleichbehandlung Irrtum Kalkulation Mängelbehebung Mängelbeseitigung Mangelhaftigkeit mündliche Verhandlung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren Nachreichung von Unterlagen Nachvollziehbarkeit Nichtigerklärung objektiver Erklärungswert öffentlicher Auftraggeber Rechenfehler Schwellenwert Unbehebbarkeit Verbesserung der Wettbewerbsstellung Vergabeverfahren Vergleichbarkeit der Angebote Verhandlungsverbot Versehen Vollständigkeit des Angebots Willenserklärung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W187.2238840.1.00

Im RIS seit

05.07.2021

Zuletzt aktualisiert am

05.07.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at