

TE Bvwg Beschluss 2017/12/12 W131 2173580-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.12.2017

Entscheidungsdatum

12.12.2017

Norm

AVG §39

BVergG 2006 §101 Abs4

BVergG 2006 §124 Abs1

BVergG 2006 §125 Abs5

BVergG 2006 §126 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §68 Abs1

BVergG 2006 §97 Abs3

B-VG Art.133 Abs4

StGB §168b

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. AVG § 39 heute
2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
1. BVergG 2006 § 101 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 124 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
-
1. StGB § 168b heute
 2. StGB § 168b gültig ab 01.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2002
-
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 § 31 heute
 2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018

3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W131 2173580-2/41E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden und durch die fachkundigen Laienrichter Mag Franz PACHNER (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Mag Hagen PLEILE (als Beisitzer der Auftragnehmerseite) über den gegen die Widerrufsentscheidung vom 06.10.2017 gerichteten Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft bestehend aus der XXXX und der XXXX (= ASt) im Vergabeverfahren der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (= ASFINAG oder AG) "S 3, Hollabrunn – Guntersdorf, Baulos 2 – Hollabrunn Nord (km 24,2 – km 25,57)" nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden und durch die fachkundigen Laienrichter Mag Franz PACHNER (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Mag Hagen PLEILE (als Beisitzer der Auftragnehmerseite) über den gegen die Widerrufsentscheidung vom 06.10.2017 gerichteten Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft bestehend aus der römisch 40 und der römisch 40 (= ASt) im Vergabeverfahren der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (= ASFINAG oder AG) "S 3, Hollabrunn – Guntersdorf, Baulos 2 – Hollabrunn Nord (km 24,2 – km 25,57)" nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung beschlossen:

A)

Der auf die Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung gerichtete Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

B)

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die AG leitete das im Entscheidungskopf ersichtliche offene Vergabeverfahren betreffend einen Straßenbauauftrag im Oberschwellenbereich ein.

2. Nach Ergehen einer Widerrufsentscheidung ua mit dem Widerrufsgrunds des Absprachenverdachts iSv § 168b StGB, ohne dass die AG Strafanzeige erstattete, bekämpfte die ASt diese Entscheidung mit dem hier gegenständlichen Nachprüfungsantrag, kombiniert mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. 2. Nach Ergehen einer Widerrufsentscheidung ua mit dem Widerrufsgrunds des Absprachenverdachts iSv Paragraph 168 b, StGB, ohne dass die AG Strafanzeige erstattete, bekämpfte die ASt diese Entscheidung mit dem hier gegenständlichen Nachprüfungsantrag, kombiniert mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

3. Nach Erlassung der Provisorialmaßnahme des einstweiligen

Widerrufsverbots und einem Schriftsatzwechsel in der Sache fand beim

BVG eine mündliche Verhandlung statt, die entsprechend den

nachstehend abgedruckten Niederschriftspassagen verlief [R =

vorsitzender Richter; RV = Rechtsvertreter der ASt; AGV =

Rechtsvertreterin der AG; S*** = Kalkulationssachkundiger der AG;

Sub1 = ASt - seitig für einen Bereich benannter Subunternehmer XXXX

; Subersatz*** = ASt-seitig im Angebot nicht benannter

Subunternehmer XXXX m.b.H.];

R an AGV: Hat die ASFINAG betreffend den Absprachenverdacht den§ 168b StGB bereits zur Anzeige gebracht?R an AGV: Hat die ASFINAG betreffend den Absprachenverdacht den Paragraph 168 b, StGB bereits zur Anzeige gebracht?

AGV: Nein, eine Anzeige ist nicht erfolgt.

R: Sind Personen im Verhandlungssaal, die die Parteien später als Zeugen namhaft machen wollen?

AGV: Aus derzeitiger Sicht nicht.

RV: Aus derzeitiger Sicht nicht.Regierungsvorlage, Aus derzeitiger Sicht nicht.

AGV und RV teilen mit, dass die Parteien einverstanden sind, dass alle Personen im Verhandlungssaal bleiben können.AGV und Regierungsvorlage teilen mit, dass die Parteien einverstanden sind, dass alle Personen im Verhandlungssaal bleiben können.

R: Es wird ersucht, die Angebotsaufklärung zwischen ASFINAG und ASt, wie am Freitag zuletzt verschickt, zur Hand zu nehmen.

R ersucht um Bekanntgabe des jeweiligen Standpunktes, ob die ASt entgegen der Ausschreibung und insbesondere entgegen der nomierten Ö-Norm B 2061 kalkuliert haben könnte, wenn die ASt aufgeklärt hat, dass sie den Angebotspreis ihrer Subunternehmerin "Sub1****" um 8 % reduziert kalkuliert haben dürfte und mangels nachträglicher Preisreduktionsmöglichkeit diese 8 % in Gewinn und Wagnis verschoben haben dürfte.

AGV: Ich würde gerne bei Herrn S**** beginnen betreffend die 8 %.

RV: Der Vorhalt ist nicht richtig formuliert, es ginge um die Firma Subersatz****Regierungsvorlage, Der Vorhalt ist nicht richtig formuliert, es ginge um die Firma Subersatz***.

AGV: Zur Richtigstellung des Sachverhalts, wird Herr DI S**** ausführen:

DI S****: Grundsätzlich wurde Subunternehmer Sub1**** angeboten. Nachträglich erfolgt eine Preisaufschlüsselung des neugenannten Unternehmens Subersatz***. Die Behauptung der ASt, dass die Preise des neugenannten Subunternehmers Subersatz*** um 8 % reduziert wurden, ist weder in den einzelnen Positionen, noch in Wagnis und Gewinn nachvollziehbar. Aus unserer Sicht ist das eine Schutzbehauptung.

AGV: Entgegen der Aufklärung der ASt vom 15.09.2017 wurden die Preise des Subunternehmens Subersatz*** nicht mit einem Abzug von 8 % in die Kalkulation des Bieters aufgenommen, sondern zeigen die vorgelegten Detailkalkulationen, dass die Preise des Subunternehmers Subersatz*** mit plus 1 % angeboten wurden. Die vorliegende

Aufklärung an sich ist daher widersprüchig. Rechtlich: Entsprechend den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen des Teils B1 1.1.25, hat der Bieter alle Subunternehmer im Angebot zu nennen und sind diese im Subunternehmerverzeichnis vollständig anzuführen. Im Sinne des BVergG (Novelle 2015) wurde diese Verpflichtung auch ausdrücklich normiert. Dadurch soll bereits in der Angebotsphase eine vollständige Transparenz der an der Auftragsdurchführung mitwirkenden Unternehmen sichergestellt werden. Aufgrund der vorliegenden Aufklärung vom 15.09.2017 ist ersichtlich, dass der Bieter dieser Bekanntgabepflichtung nicht nachgekommen ist. Der Bieter verstößt dadurch auch gegen den Grundsatz, dass das Angebot nach Ablauf der Angebotsfrist nicht mehr geändert werden kann. Es ist nicht nachvollziehbar, warum der Bieter zwar die Preise der Firma Subersatz*** dem Angebot zu Grunde legt, aber die Firma Subersatz*** nicht als Subunternehmer im Subunternehmerverzeichnis aufnimmt. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob der Bieter zuverlässig ist. Unzuverlässigkeit liegt wortlautmäßig und interpretativ dann vor, wenn sich die Auftraggeberin auf ihren in Frage stehenden potenziellen Vertragspartner (ASt) nicht verlassen kann. Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG darf nur an zuverlässige Bieter ein Zuschlag erfolgen und sind Angebote unzuverlässiger Bieter gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG zwingend auszuschneiden. Vergleiche dazu das h. g. Erkenntnis W131 2137381-2/37E. Zurückkommend auf das Aufklärungsschreiben: Es ist aufgrund der gestellten Frage nicht nachvollziehbar, warum die ASt dieses Thema (Nennung eines Subunternehmers/Heranziehung der Preise eines anderen Subunternehmers) "aufmacht". Sondern ist es nur so erklärbar, dass dadurch ein anderes größeres Thema - "Verstoß gegen den freien lautereren Wettbewerb"- gelöst wird. Jeder andere Bieter würde auf Basis der Erfahrungswerte die Fragen einfach mit Ja beantworten.Aufklärung an sich ist daher widersprüchig. Rechtlich: Entsprechend den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen des Teils B1 1.1.25, hat der Bieter alle Subunternehmer im Angebot zu nennen und sind diese im Subunternehmerverzeichnis vollständig anzuführen. Im Sinne des BVergG

(Novelle 2015) wurde diese Verpflichtung auch ausdrücklich normiert. Dadurch soll bereits in der Angebotsphase eine vollständige Transparenz der an der Auftragsdurchführung mitwirkenden Unternehmen sichergestellt werden. Aufgrund der vorliegenden Aufklärung vom 15.09.2017 ist ersichtlich, dass der Bieter dieser Bekanntgabeverpflichtung nicht nachgekommen ist. Der Bieter verstößt dadurch auch gegen den Grundsatz, dass das Angebot nach Ablauf der Angebotsfrist nicht mehr geändert werden kann. Es ist nicht nachvollziehbar, warum der Bieter zwar die Preise der Firma Subersatz*** dem Angebot zu Grunde legt, aber die Firma Subersatz*** nicht als Subunternehmer im Subunternehmerverzeichnis aufnimmt. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob der Bieter zuverlässig ist. Unzuverlässigkeit liegt wortlautmäßig und interpretativ dann vor, wenn sich die Auftraggeberin auf ihren in Frage stehenden potenziellen Vertragspartner (ASt) nicht verlassen kann. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG darf nur an zuverlässige Bieter ein Zuschlag erfolgen und sind Angebote unzuverlässiger Bieter gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zwingend auszuschneiden. Vergleiche dazu das h. g. Erkenntnis W131 2137381-2/37E. Zurückkommend auf das Aufklärungsschreiben: Es ist aufgrund der gestellten Frage nicht nachvollziehbar, warum die ASt dieses Thema (Nennung eines Subunternehmers/Heranziehung der Preise eines anderen Subunternehmers) "aufmacht". Sondern ist es nur so erklärbar, dass dadurch ein anderes größeres Thema - "Verstoß gegen den freien lauten Wettbewerb"- gelöst wird. Jeder andere Bieter würde auf Basis der Erfahrungswerte die Fragen einfach mit Ja beantworten.

RV: Zu dem letzten Vorhalt, dass ein vernünftiger Bieter, die Fragen der ASFINAG mit JA beantwortet hätte, wird ausgeführt, dass die letzte auf Seite 1 angeführte Frage nicht mit Ja beantwortet hätte werden können, da dies nicht den Tatsachen entsprochen hätte. Die ASt hat vielmehr wahrheitsgemäß die an sie gestellten Fragen beantwortet. Festzuhalten ist, dass es sich bei den an die Firma Sub1*** zu vergebenden Leistungen bzw. bei den Subunternehmer Sub1*** nicht um einen wesentlichen Subunternehmer handelt. Nach der Judikatur des VwGH vom 29.06.2017, Ra 2017/04/0055 ist zwar auch die Zulässigkeit der Weitergabe an Leistungen an nicht erforderliche Subunternehmer zu prüfen, doch führt selbst das Misslingen des Nachweises der Eignung eines solchen Subunternehmers nicht zum Ausscheiden des Angebot des Bieters. Umgelegt auf den konkreten Fall kann daher eine etwaig fehlerhafte Nennung eines nicht erforderlichen Subunternehmers keinesfalls eine Ausscheidung eines Angebots rechtfertigen. Regierungsvorlage, Zu dem letzten Vorhalt, dass ein vernünftiger Bieter, die Fragen der ASFINAG mit JA beantwortet hätte, wird ausgeführt, dass die letzte auf Seite 1 angeführte Frage nicht mit Ja beantwortet hätte werden können, da dies nicht den Tatsachen entsprochen hätte. Die ASt hat vielmehr wahrheitsgemäß die an sie gestellten Fragen beantwortet. Festzuhalten ist, dass es sich bei den an die Firma Sub1*** zu vergebenden Leistungen bzw. bei den Subunternehmer Sub1*** nicht um einen wesentlichen Subunternehmer handelt. Nach der Judikatur des VwGH vom 29.06.2017, Ra 2017/04/0055 ist zwar auch die Zulässigkeit der Weitergabe an Leistungen an nicht erforderliche Subunternehmer zu prüfen, doch führt selbst das Misslingen des Nachweises der Eignung eines solchen Subunternehmers nicht zum Ausscheiden des Angebot des Bieters. Umgelegt auf den konkreten Fall kann daher eine etwaig fehlerhafte Nennung eines nicht erforderlichen Subunternehmers keinesfalls eine Ausscheidung eines Angebots rechtfertigen.

RV an AGV: Ich ersuche um Konkretisierung, warum ASt unzuverlässig seien soll. Regierungsvorlage an AGV: Ich ersuche um Konkretisierung, warum ASt unzuverlässig seien soll.

AGV: Im Sinne des BVergG sind auch nicht erforderliche Subunternehmer zu nennen, der Bieter weiß bereits bei Angebotslegung, dass er unter Umständen die Firma Subersatz*** einsetzen wird. Es ist nicht nachvollziehbar warum die Firma Subersatz*** entgegen der Verpflichtung der bestandfest gewordenen Ausschreibung nicht genannt worden ist. Aufgrund des vorliegenden Falls ist klar ersichtlich, welchen Hebel der Bieter dadurch bekommt. Insbesondere kann der Bieter im Nachhinein vorliegende preisliche Auffälligkeiten erklärbar machen. Bezüglich der Unzuverlässigkeit ist anzumerken, dass aufgrund der vorliegenden Aufklärung ersichtlich ist, dass der Bieter kein vollständiges Angebot abgegeben hat, bzw. dem Angebot Unwahrheiten zugrunde liegen.

RV: Der Vorhalt kann bei Bekanntgabe der Tatsachen jedenfalls nicht vorliegen. Die ASt hat den Subunternehmer Sub1*** angeboten und die Absicht diesen beizuziehen nie geändert. Dies ergibt sich auch unzweifelhaft aus dem Aufklärungsschreiben vom 15.09.2017 erster Satz auf die Frage 1. Jeden vielleicht in Zukunft beizuziehenden Subunternehmer muss man nicht als Subunternehmer namhaft machen. Andernfalls würden auch die Bestimmungen über den Austausch von Subunternehmern nach Vertragsschluss sinnentleert sein. Zum Vorhalt dass der im Aufklärungsschreiben dargelegte 8% Abschlag der Kalkulation nicht zutreffend wäre, ist auszuführen, dass sich der 8 %

Abschlag auf die Preise der Firma Subersatz*** unschwer aus dem Aufklärungsschreiben bzw. den damit übermittelten Beilagen ersehen lässt. Plakativ kann beispielsweise die Position 04 01 2001 07 A genannt werden. So hat die Firma Subersatz*** bei dieser Position einen Lohnanteil von 47,29 ausgewiesen und beim Anteil "Sonstiges" 39,85. Unter Berücksichtigung des Abschlags von 8 % ergibt sich ein Anteil für Lohn von 43,51 und für Sonstiges von Euro 36,66. Regierungsvorlage, Der Vorhalt kann bei Bekanntgabe der Tatsachen jedenfalls nicht vorliegen. Die ASt hat den Subunternehmer Sub1*** angeboten und die Absicht diesen beizuziehen nie geändert. Dies ergibt sich auch unzweifelhaft aus dem Aufklärungsschreiben vom 15.09.2017 erster Satz auf die Frage 1. Jeden vielleicht in Zukunft beizuziehenden Subunternehmer muss man nicht als Subunternehmer namhaft machen. Andernfalls würden auch die Bestimmungen über den Austausch von Subunternehmern nach Vertragsschluss sinnentleert sein. Zum Vorhalt dass der im Aufklärungsschreiben dargelegte 8% Abschlag der Kalkulation nicht zutreffend wäre, ist auszuführen, dass sich der 8 % Abschlag auf die Preise der Firma Subersatz*** unschwer aus dem Aufklärungsschreiben bzw. den damit übermittelten Beilagen ersehen lässt. Plakativ kann beispielsweise die Position 04 01 2001 07 A genannt werden. So hat die Firma Subersatz*** bei dieser Position einen Lohnanteil von 47,29 ausgewiesen und beim Anteil "Sonstiges" 39,85. Unter Berücksichtigung des Abschlags von 8 % ergibt sich ein Anteil für Lohn von 43,51 und für Sonstiges von Euro 36,66.

Die Verhandlung wird um 10:52 Uhr für die Beratung des Senates unterbrochen.

Die Verhandlung wird um 11:08 Uhr fortgesetzt.

RV bringt weiters vor: Da bei dieser Position auch die Bohrgutentsorgungskosten zu kalkulieren gewesen sind, aber von der Firma Subersatz*** nicht angeboten wurden, ist dafür noch eine Leistung für die Entsorgung in Höhe von 0,45 Euro im Anteil Lohn und 0,33 Euro im Anteil Sonstiges kalkuliert. Daher ergeben sich in dieser Position Kosten im Anteil Lohn von 43, 75 Euro und im Anteil Sonstiges von 37,20 Euro. Unter Berücksichtigung des Zuschlags von 8,7 % ergibt sich daher der angebotene Einheitspreis von 87,99 Euro. Klar ersichtlich ist dies bspw. auch bei der Position 0401200102, Einheitspreis $59,14 \cdot 0,92(\text{Abschlag}) \cdot 1,087(\text{Zuschlag}) = 59,14$. Dies ist aus den vorgelegten Unterlagen ohne weiters ersichtlich und hätte die ASFINAG auch Fragen stellen können, wozu sie rechtlich auch verpflichtet gewesen wäre, was sie aber unterlassen hat. Das Nachprüfungsverfahren dient nicht zum Nachholen der Angebotsprüfung des Auftraggebers, zumal der Auftraggeber bis letzten Freitag offenbar selbst die Ansicht vertreten hat, dass das Angebot des Antragstellers nicht auszuschneiden ist. Regierungsvorlage bringt weiters vor: Da bei dieser Position auch die Bohrgutentsorgungskosten zu kalkulieren gewesen sind, aber von der Firma Subersatz*** nicht angeboten wurden, ist dafür noch eine Leistung für die Entsorgung in Höhe von 0,45 Euro im Anteil Lohn und 0,33 Euro im Anteil Sonstiges kalkuliert. Daher ergeben sich in dieser Position Kosten im Anteil Lohn von 43, 75 Euro und im Anteil Sonstiges von 37,20 Euro. Unter Berücksichtigung des Zuschlags von 8,7 % ergibt sich daher der angebotene Einheitspreis von 87,99 Euro. Klar ersichtlich ist dies bspw. auch bei der Position 0401200102, Einheitspreis $59,14 \cdot 0,92(\text{Abschlag}) \cdot 1,087(\text{Zuschlag}) = 59,14$. Dies ist aus den vorgelegten Unterlagen ohne weiters ersichtlich und hätte die ASFINAG auch Fragen stellen können, wozu sie rechtlich auch verpflichtet gewesen wäre, was sie aber unterlassen hat. Das Nachprüfungsverfahren dient nicht zum Nachholen der Angebotsprüfung des Auftraggebers, zumal der Auftraggeber bis letzten Freitag offenbar selbst die Ansicht vertreten hat, dass das Angebot des Antragstellers nicht auszuschneiden ist.

Eine verbotene Umlagerung von Kosten nach der Ö-Norm B2061 liegt nicht vor, weil Risiken aus den im Aufklärungsschreiben angeführten Zuschlägen gedeckt werden können.

Zu dem Vorwurf, dass nicht alle Subunternehmer genannt wurden, wird ausgeführt, dass der Subunternehmer Sub1*** genannt wurde und somit "alle" Subunternehmer die für diese Leistung vorgesehen waren, angegeben sind. Eine Änderung des Angebots durch einen Subunternehmeraustausch ist daher ebenfalls nicht erfolgt.

R: Zum Vorbringen eines "wesentlichen Subunternehmers", meint die ASt hier einen für die Eignung erforderlichen Subunternehmer oder etwas anderes?

RV: Ersteres, es ist kein erforderlicher Subunternehmer. Regierungsvorlage, Ersteres, es ist kein erforderlicher Subunternehmer.

AGV: Es ist kein erforderlicher Subunternehmer. Es ist aber die Ausführung der ASt wonach nach ihrer Sicht alle Subunternehmer bereits im Angebot genannt sind, die für die Leistungserbringung vorgesehen waren, nicht richtig. Dies ist aus der Antwort der Aufklärung vom 15.09.2017 ableitbar, wonach sich die ASt den Einsatz der Firma

Subersatz*** vorbehält. Entsprechend den EBRV zu § 83 Abs. 2 BVergG idgF ist es auch ausgeschlossen, dass nach Ablauf der Angebotsfrist auch ein anderer nicht erforderlicher Subunternehmer genannt werden darf. Aber genau das wurde hier gemacht. Es ist zwar richtig, dass das Nichtnennen von erforderlichen Subunternehmern zum Ausscheiden führt. Bei der Nachnennung von nicht erforderlichen Subunternehmern nach Ablauf der Angebotsfrist geben die EBRV darüber Auskunft, was bei Einsatz des nicht erforderlichen Subunternehmers nach Zuschlagserteilung zu tun ist. Ob das Angebot bei Nachnennung eines nicht erforderlichen Subunternehmers (nach Ende der Angebotsfrist bzw. vor Zuschlagserteilung) auszuscheiden ist, wird in den EBRV nicht geklärt. AGV: Es ist kein erforderlicher Subunternehmer. Es ist aber die Ausführung der ASt wonach nach ihrer Sicht alle Subunternehmer bereits im Angebot genannt sind, die für die Leistungserbringung vorgesehen waren, nicht richtig. Dies ist aus der Antwort der Aufklärung vom 15.09.2017 ableitbar, wonach sich die ASt den Einsatz der Firma Subersatz*** vorbehält. Entsprechend den EBRV zu Paragraph 83, Absatz 2, BVergG idgF ist es auch ausgeschlossen, dass nach Ablauf der Angebotsfrist auch ein anderer nicht erforderlicher Subunternehmer genannt werden darf. Aber genau das wurde hier gemacht. Es ist zwar richtig, dass das Nichtnennen von erforderlichen Subunternehmern zum Ausscheiden führt. Bei der Nachnennung von nicht erforderlichen Subunternehmern nach Ablauf der Angebotsfrist geben die EBRV darüber Auskunft, was bei Einsatz des nicht erforderlichen Subunternehmers nach Zuschlagserteilung zu tun ist. Ob das Angebot bei Nachnennung eines nicht erforderlichen Subunternehmers (nach Ende der Angebotsfrist bzw. vor Zuschlagserteilung) auszuscheiden ist, wird in den EBRV nicht geklärt.

Aufgrund der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen waren alle Subunternehmer zu nennen. Dies erfolgte nicht, weshalb ein ausschreibungswidriges Angebot vorliegt und dieses im Sinne des § 129 auszuscheiden ist. Nicht richtig ist, dass die Auftraggeberin erst heute Ausscheidensgründe im Angebot der ASt sieht. Dem Vergabeakt, insbesondere dem vorliegenden Vergabebericht im Entwurf, ist ersichtlich, dass eine Vielzahl (mindestens 6) Ausscheidensgründe vorliegen. Aufgrund der erfolgten Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung fand eine Ausscheidung des Angebots bzw. eine weiterführende Prüfung nicht statt. Zu den 8 % wird auf DI S*** verwiesen. Aufgrund der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen waren alle Subunternehmer zu nennen. Dies erfolgte nicht, weshalb ein ausschreibungswidriges Angebot vorliegt und dieses im Sinne des Paragraph 129, auszuscheiden ist. Nicht richtig ist, dass die Auftraggeberin erst heute Ausscheidensgründe im Angebot der ASt sieht. Dem Vergabeakt, insbesondere dem vorliegenden Vergabebericht im Entwurf, ist ersichtlich, dass eine Vielzahl (mindestens 6) Ausscheidensgründe vorliegen. Aufgrund der erfolgten Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung fand eine Ausscheidung des Angebots bzw. eine weiterführende Prüfung nicht statt. Zu den 8 % wird auf DI S*** verwiesen.

R: Der Entwurf des Vergabeberichtes wurde vorgelegt?

AGV: Ja, natürlich.

RV: Die Prämisse der AGV ist nicht zutreffend, da die ASt sich die Beiziehung des Subunternehmens Subersatz*** nicht vorbehalten hat, was sich schon aus dem Wort "Zustimmung" im Aufklärungsschreiben ergibt. Regierungsvorlage, Die Prämisse der AGV ist nicht zutreffend, da die ASt sich die Beiziehung des Subunternehmens Subersatz*** nicht vorbehalten hat, was sich schon aus dem Wort "Zustimmung" im Aufklärungsschreiben ergibt.

DI S***: Bei normgemäßer Kalkulation durch den Bieter ist die Erklärung hinsichtlich der 8 % nicht nachvollziehbar. Dies deshalb da in der genannten Leistungsposition auch die Gehaltskosten des Bauleiters, siehe letzte Zeile der Detailkalkulation nachgereicht am 15.09.2017, enthalten waren. Somit widerspricht die behauptete Übernahme der Lohn- und Gehaltskosten als Lohnkosten in das Kalkulationsformblatt des Bieters der Ö-Norm B 2061 Punkt 5.2.3, wonach die Gehaltskosten mit den zeitgebundenen Kosten der Baustelle zu kalkulieren sind, zumal sie nicht nach Laufmetern anfallen, sondern nach Zeiteinheiten (z.B. bei Leistungsstörungen) abzurechnen sind. Folglich handelt es sich, nach der heutigen Aufklärung um ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, um eine unzulässige Umlage.

R an DI S***: Können Sie jene Unterlagen des Vergabeaktes konkretisieren, aus denen sich für das Gericht ohne Sachverständigen-Notwendigkeit ergibt, dass hier eine Kalkulation entgegen der Ö-Norm B 2061 erfolgt sein soll?

DI S***: Grundsätzlich sind einzelne wesentliche Ausscheidungsgründe im Entwurf des Vergabeberichtes angeführt. Beispielhaft die unzulässige, normwidrige Kalkulation der Avalgebühren bzw. die ebenfalls norm- und sinnwidrige Kalkulation sämtlicher Leistungen des Gewerkes der elektromaschinellen Ausrüstung, wonach diese bei Angebotslegung ausschließlich Lohnkosten enthielt.

RV: Es wird gerügt, dass hier zusätzliche, vermeintliche Ausscheidungsgründe die sich nicht aus dem Vergabeakt ergeben, besprochen werden und jedenfalls nicht ohne zusätzliche mündliche Erläuterung der ASFINAG ergeben und daher für dieses Verfahren nicht relevant sind. Regierungsvorlage, Es wird gerügt, dass hier zusätzliche, vermeintliche Ausscheidungsgründe die sich nicht aus dem Vergabeakt ergeben, besprochen werden und jedenfalls nicht ohne zusätzliche mündliche Erläuterung der ASFINAG ergeben und daher für dieses Verfahren nicht relevant sind.

AGV: Die Gründe ergeben sich aus dem Vergabeakt. Insbesondere der Ausscheidungsgrund Sonstiges =0 bei sämtlichen Leistungspositionen des Gewerkes elektromaschineller Ausrüstung (EM) wurde der ASt vorgehalten (siehe Aufklärungsschreiben im Vergabeakt und im Aufklärungsgespräch vom 05.09.2017). In diesem Punkt erfolgte eine unzureichende Aufklärung der ASt.

DI S***: Gemäß der Ausschreibung waren mit dem Leistungsverzeichnis sämtliche Leistungspositionen nicht nur mit Einheitspreisen zu versehen sondern auch aufzuschlüsseln in die Preisbestandteile Lohn und Sonstiges. Dies hat den Hintergrund, dass im Wesentlichen Bestandteil des Angebotes ausmachen, zumal z.B. dies relevant ist bei der Preismrechnung der Preisbestandteile (die stets unterschiedlich ist) als aber auch bei z.B. Mehrkostenforderung. Grundsätzlich widerspricht diese Vorgehensweise auch den § 125 BVergG wonach die Preise unter anderem betriebswirtschaftlich nachvollziehbar sein müssen. Weit später erfolgte Aufklärung des Bieters stellt eine unzulässige Nachbesserung des Angebotes dar. DI S***: Gemäß der Ausschreibung waren mit dem Leistungsverzeichnis sämtliche Leistungspositionen nicht nur mit Einheitspreisen zu versehen sondern auch aufzuschlüsseln in die Preisbestandteile Lohn und Sonstiges. Dies hat den Hintergrund, dass im Wesentlichen Bestandteil des Angebotes ausmachen, zumal z.B. dies relevant ist bei der Preismrechnung der Preisbestandteile (die stets unterschiedlich ist) als aber auch bei z.B. Mehrkostenforderung. Grundsätzlich widerspricht diese Vorgehensweise auch den Paragraph 125, BVergG wonach die Preise unter anderem betriebswirtschaftlich nachvollziehbar sein müssen. Weit später erfolgte Aufklärung des Bieters stellt eine unzulässige Nachbesserung des Angebotes dar.

Es wird mitgeteilt, dass das Gericht andenkt, einen Vorhalt zu aus dem Akt ersichtlichen allfälligen Ausscheidensgründen im Sinne vom VwGH 2007/04/0012 zu verfassen.

R: Gibt es daher jetzt noch weiteres Vorbringen?

RV: Ich beantrage das Vorbringen zurückzuweisen, und für den Fall, dass der Senat den Vorhalt machen will, der ASt eine Stellungnahmefrist von 10 Tagen einzuräumen. Regierungsvorlage, Ich beantrage das Vorbringen zurückzuweisen, und für den Fall, dass der Senat den Vorhalt machen will, der ASt eine Stellungnahmefrist von 10 Tagen einzuräumen.

AGV: Die Ausscheidungsgründe ergeben sich aus den vorliegenden Vergabeakt. Ein Ausscheidungsgrund (Sonstiges = 0) wurde der ASt vorgehalten. Die erfolgte Aufklärung ist nicht nachvollziehbar. Eine weitere Aufklärung könnte in diesem Punkt sowieso nicht erfolgen. Daraus ergibt sich, dass das Angebot der ASt schon aus diesem Grund im Sinne des BVergG auszuschneiden ist.

R: Somit wird klargestellt, dass als nächstes aus heutiger Sicht ein gerichtlicher Vorhalt erfolgen wird. Es wird zur Protokollsdurchsicht übergegangen, wobei dazu das bisher niedergeschriebene zur Durchsicht ausgefolgt wird. Nach Ausfolgung wird die Verhandlung für eine kurze Verhandlungspause um 11:53 Uhr unterbrochen.

Die Verhandlung wird um 12:07 Uhr fortgesetzt.

Es wird kein weiteres Vorbringen erstattet.

4. Nach der Verhandlung verfasste das BVwG iSv VwGH 2007/04/0012 mit der Note, OZ 26Z des Gerichtsakts einen Vorhalt mit nachstehendem Text:

Das BVwG hält hiermit der ASt gemäß VwGH ZI2007/04/0012 sich aus aktueller Sicht bereits aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ergebende Gründe vor, die aus aktueller gerichtlicher Sicht amtswegig aufgreifbare Ausscheidensgründe betreffend das Angebot der ASt darstellen könnten, womit der Nachprüfungsantrag gegen die Widerrufsentscheidung mangels Schadens bzw mangels Antragslegitimation zurückzuweisen sein könnte.

Dazu wird vorab auf den Text Ö – Norm B2061, Ausgabe: 1999-09-01, verwiesen, da diese Norm Bestandteil der bestandfesten Vorgaben der Ausschreibung ist.

Nunmehr werden jene Gründe aufgelistet, die aus gerichtlicher Sicht sich aus den Vergabeunterlagen ergebende Ausscheidensgründe zu Lasten der ASt darstellen könnten bzw dürften:

1. Die ASt hat, nachdem sie gefragt wurde, ob die Sub1*** bestimmte Subunternehmerleistungen tatsächlich ausführen würde und ob das Subunternehmerangebot dieses Unternehmens der ASt - Kalkulation zu Grunde liegen würde, mit einem mit 15.09.2017 datierten Schreiben an die AG gerichteten Schreiben maW aufgeklärt,

dass sie planen würde, die Sub1*** [...] in einem bestimmten Leistungsbereich als Subunternehmer heranzuziehen, dass die ASt allerdings mit diesem Unternehmen erst Verhandlungen mit dem Ziel einer Preisreduktion führen würde.

Würde die gewünschte Preisreduktion nicht erreichbar sein, und sollte es nicht möglich werden, dass statt dessen eine Fa Subersatz*** [...] als nach Auftragserteilung mit Zustimmung der AG beigezogener Subunternehmer tätig würde, würde die ASt die höheren Subunternehmerpreise von Sub1*** durch die Positionen Wagnis und Gewinn aus dem kalkulierten Gesamtzuschlag abdecken.

Subersatz*** wurde ASt - seitig im entsprechenden Subunternehmerformular der Ausschreibung nicht als Subunternehmer angeführt.

1.1. Vorgehalten wird, dass die ASt ausschreibungswidrig angeboten haben könnte, weil Subersatz*** nicht bereits bei Angebotsabgabe als Subunternehmer benannt worden ist.

1.2. Vorgehalten wird, dass die ASt mit ihrem Angebot als unzuverlässig gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuscheiden sein könnte, wenn sie bei Angebotsabgabe die AG nicht darüber aufgeklärt hat, dass sie in Wahrheit einen ausschreibungskonform benannten Subunternehmer, nämlich Sub1***, nur bedingt beizuziehen gedenkt, wenn dieser seine Subunternehmer - Angebotspreise entgegen seinem ursprünglichen Angebot reduziert, 1.2. Vorgehalten wird, dass die ASt mit ihrem Angebot als unzuverlässig gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuscheiden sein könnte, wenn sie bei Angebotsabgabe die AG nicht darüber aufgeklärt hat, dass sie in Wahrheit einen ausschreibungskonform benannten Subunternehmer, nämlich Sub1***, nur bedingt beizuziehen gedenkt, wenn dieser seine Subunternehmer - Angebotspreise entgegen seinem ursprünglichen Angebot reduziert,

ansonsten im Auftragsfalle entgegen § 83 Abs 2 BVergG idgF auf den bei Angebotsabgabe nicht benannten Subunternehmer Subersatz*** ausweichen möchte ansonsten im Auftragsfalle entgegen Paragraph 83, Absatz 2, BVergG idgF auf den bei Angebotsabgabe nicht benannten Subunternehmer Subersatz*** ausweichen möchte

und mangels nachträglicher Werkstellbarkeit der Beiziehung von Subersatz*** (aus Gründen des Preises bzw zB aus Gründen der fehlenden AG - Zustimmung) dennoch mit Sub1*** zu den im ASt - Angebot nicht ausgewiesenen höheren Subunternehmerpreisen weiter arbeiten möchte

und dabei die entgegen der eigenen Angebotskalkulation höheren Subunternehmerpreise über die Anteile Gewinn und Wagnis aus dem kalkulierten Gesamtzuschlag abdecken möchte;-

wozu noch objektiv vertrauensverlustverstärkend dazu kommen könnte, dass - ohne entsprechende diesbezügliche Aufklärung der AG im Schreiben der ASt vom 15.09.2017 - einerseits Sub1*** gemäß dessen Subunternehmerangebot gemäß eigenen Geschäftsbedingungen angeboten hat und dabei in seinem Angebot etliche Vorbehalte gegenüber der ASt eingezogen hat; und andererseits Subersatz*** in seinem Subunternehmerangebot gleichfalls eigene (handschriftlich durch Streichungen von der Vorlage adaptierte) Geschäftsbedingungen zu Grunde legt, gleichfalls etliche Vorbehalte/Bedingungen normiert und zB einmal sogar ausführt, dass die Verrechnung nach tatsächlichem Aufwand erfolgen würde;

siehe insoweit die beiliegenden Auszüge aus den Subunternehmerangeboten von Sub1*** und Subersatz***, handschriftlich nummeriert mit 1 bis 10.

1.3. Vorgehalten wird, dass die ASt als mit ihrem Angebot auszuscheidend deshalb unzuverlässig sein könnte, weil sie unter Berücksichtigung des vorstehend vorgehaltenen Sachverhalts (zumindest zusätzlich)

1.3.1. im Aufklärungsschreiben vom 15.09.2017 auf eine Detailkalkulation von Subersatz*** hingewiesen hat, obwohl das Subangebot von Subersatz*** unter mehreren Vorbehalten steht, die nicht gleichzeitig mit der Vorlage des Angebots von Subersatz*** aufgeklärt wurden;

1.3.2. trotz einer Aufforderung am 05.09.2017 nach offenbaren Fristablauf am 12.09.2017 (laut Protokoll über das

Aufklärungsgespräch vom 05.09.2017) erst am 15.09.2017 (laut Aufklärungsschreiben der ASt vom 15.09.2017) um Fristerstreckung für die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts betreffend den Subunternehmer [KunststoffXXX***] bis 19.09.2017 ersucht hat, obwohl ein gewissenhafter Unternehmer wohl vor Fristablauf um Fristerstreckung einkommen wird bzw fristgerecht vorlegen wird;

1.3.3. zB 118 Leistungspositionen laut Seite 19 des Protokolls über die Aufklärung vom 05.09.2017 ohne den Anteil Sonstiges angeboten hat und über diesbezügliches Befragen entweder darauf hingewiesen hat, dass kein Anteil Sonstiges notwendig wäre

bzw Betriebsmittel fälschlicherweise in der Spalte Lohn dargestellt wären

bzw das "Sonstige" richtiger Weise in einer anderen Position kalkuliert worden wäre,

bzw eine spätere Beantwortung in Aussicht gestellt hat, ohne dass die ASt zuvor eine Berichtigung der Ausschreibung in diesem Punkt gemäß präkludierten Vorfestlegungen zur verpflichtenden Ausschreibungsrüge bzw entgegen § 106 Abs 6 erwirkt gehabt hätte;bzw eine spätere Beantwortung in Aussicht gestellt hat, ohne dass die ASt zuvor eine Berichtigung der Ausschreibung in diesem Punkt gemäß präkludierten Vorfestlegungen zur verpflichtenden Ausschreibungsrüge bzw entgegen Paragraph 106, Absatz 6, erwirkt gehabt hätte;

1.3.4. und die ASt zB entgegen dem allgemeinen Sprachgebrauch, der unter Avalgebühren Gebühren für (Bank-) Bürgschaften und Bankgarantien versteht, im K7 - Blatt bei den Baustellengemeinkosten unter den Baustelleneinrichtungskosten diese iHv mehreren 100 tausend Euro angesetzten AVAL - Gebühren als "firmenbezogene interne Abgabe für Haftpflicht und sonstige Versicherungen .., die zu Projektbeginn fällig werden", aufklärt,

ohne dass diese Kalkulation der besagten AVAL - Gebühren, angesetzt im K7 - Blatt in sieben Teilbeträgen, näher im Abgleich zur verbindlichen Ö-Norm B 2061 schlüssig deduktiv dahin aufgeklärt wird, um welche konkreten Versicherungen etc es dabei geht, zumal in der zitierten Norm B 2061 Versicherungskosten insb auch in den Punkten 5.3. und 5.4. vorkommen

2. Vorgehalten wird, dass es aus derzeitiger Sicht ausschreibungswidrig gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG erscheint, wenn die ASt bei Geltung der Ö-Norm B-2061 "AVAL - Gebühren iHv mehreren 100 tausend Euro bei den Kosten der Einrichtung der Baustelle kalkuliert, siehe dazu das Protokoll über die Aufklärung vom 05.09 2007 und Seite 2 des K7 - Blattes.2. Vorgehalten wird, dass es aus derzeitiger Sicht ausschreibungswidrig gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG erscheint, wenn die ASt bei Geltung der Ö-Norm B-2061 "AVAL - Gebühren iHv mehreren 100 tausend Euro bei den Kosten der Einrichtung der Baustelle kalkuliert, siehe dazu das Protokoll über die Aufklärung vom 05.09 2007 und Seite 2 des K7 - Blattes.

3. Vorgehalten wird, dass es aus derzeitiger Sicht ausschreibungswidrig gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG erscheint, wenn die ASt bei Geltung der Ö-Norm B-2061 laut Protokoll über das Aufklärungsgespräch vom 05.09.2017 bei in etwa 118 Positionen im Angebot den Anteil sonstiges jeweils mit Null ausweist bzw keinen Anteil Sonstiges beziffert; bzw bei 45 Positionen keinen Lohn - Anteil ausweist.3. Vorgehalten wird, dass es aus derzeitiger Sicht ausschreibungswidrig gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG erscheint, wenn die ASt bei Geltung der Ö-Norm B-2061 laut Protokoll über das Aufklärungsgespräch vom 05.09.2017 bei in etwa 118 Positionen im Angebot den Anteil sonstiges jeweils mit Null ausweist bzw keinen Anteil Sonstiges beziffert; bzw bei 45 Positionen keinen Lohn - Anteil ausweist.

4. Vorgehalten wird, dass das Angebot der ASt gemäß § 126 Abs 3 BVergG mangels zumutbarer Angebotsprüfung zwingend auszuschneiden sein könnte, wenn bei diesem Angebot zB bei 118 Preispositionen kein Anteil Sonstiges angegeben wurde bzw bei 45 Positionen kein Lohnanteil, siehe dazu jeweils das Protokoll über die Aufklärung vom 05.09.2017; wobei die Unzumutbarkeit noch dadurch verstärkt wird, dass die ASt mit ihrem Angebot zB den Subunternehmer Sub1*** benennt und abweichend im Angebot von Sub1*** nicht angegebene Preise heranzieht.4. Vorgehalten wird, dass das Angebot der ASt gemäß Paragraph 126, Absatz 3, BVergG mangels zumutbarer Angebotsprüfung zwingend auszuschneiden sein könnte, wenn bei diesem Angebot zB bei 118 Preispositionen kein Anteil Sonstiges angegeben wurde bzw bei 45 Positionen kein Lohnanteil, siehe dazu jeweils das Protokoll über die Aufklärung vom 05.09.2017; wobei die Unzumutbarkeit noch dadurch verstärkt wird, dass die ASt mit ihrem Angebot zB den Subunternehmer Sub1*** benennt und abweichend im Angebot von Sub1*** nicht angegebene Preise heranzieht.

Der ASt wird nunmehr iSv EuGH Rs C-249/01 "Hackermüller" die Möglichkeit eingeräumt, binnen 10 Tagen die vorstehend aufgezeigten potentiellen Ausscheidensgründe beim Angebot der ASt im Rahmen dieses Parteiengehörs "anzuzweifeln", mit anderen Worten allenfalls entsprechend substantiiertes Vorbringen zu erstatten, dass diese erwogenen Ausscheidensgründe entsprechend der Aktenlage des Vergabeverfahrens aus Sicht der ASt nicht vorliegen.

[]

Beilagen: Handschriftlich mit 1 bis 10 nummerierte Seiten aus den Subunternehmerangeboten von Sub1*** und Subersatz***

5. Unbeschadet weiterer Schriftsätze namens der AG nahm die ASt insb auch zu den gemachten Vorhalten mit der Eingabe, OZ 33Z des Gerichtsakts, Stellung.

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

1. Feststellungen:

1.1. Die Ausschreibung bzw funktionsgleiche Entscheidungen (wie zB Berichtigungen) wurden bei der gegenständlichen Vergabe nicht angefochten und sind daher bestandfest.

Die Bieter hatten daher bis 09.08.2017, 11.00 Uhr ihre Angebote zu legen.

Das Leistungsverzeichnis (= LV) ist als Bestandteil B.5 Teil der Ausschreibungsunterlagen

1.2. In den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, dem Teil B.1 der Ausschreibung, ist bestandfest ua festgelegt, dass die Kalkulation aller angebotenen Preise und deren Aufgliederung nach der Ö-Norm B-2061 unter Berücksichtigung der Ausschreibung zu erfolgen hat (Punkt 1.1.11 des Teils B.1); und

dass alle Subunternehmer im Angebot zu nennen sind und im Formblatt Subunternehmerverzeichnis vollständig anzuführen sind (- Punkt

1.1.25 des Teils B.1, unbeschadet weiterer Ausschreibungsbestimmungen für erforderliche Subunternehmer.

1.3. Die ASt hat insoweit iZm dem Subunternehmerbenennungsgebot unstrittig mit ihrem Angebot iZm der Subunternehmerleistung "Bohrpfähle und Vertikaldrains" die [Sub1***] als Subunternehmer im entsprechenden Formblatt bezeichnet, nicht aber die [Subersatz***].

Die ASt hat iZm diesem Sachverhalt der AG gegenüber jedoch am 15.09.2017 mitgeteilt, dass sie mangels nachträglichen Preisnachlasses des erstgenannten Unternehmens vorrangig mit dem zweitgenannten Unternehmen die fraglichen Subunternehmerleistungen erbringen möchte und uU insoweit mit Zustimmung der AG den Subunternehmer evtl auszutauschen würde; dies unbeschadet anderer von der ASt angedachter Abwicklungsvarianten.

1.4. Die AG hat am 05.09.2017 mit der ASt ein Aufklärungsgespräch geführt und dabei vorbehalten, dass 45 Positionen des Leistungsverzeichnisses ohne den Anteil Lohn angeboten worden sind. Dazu wurde va die Frage gestellt, wie die ASt diesen Umstand betriebswirtschaftlich nachvollziehbar aufklärt.

Die ASt und die AG vereinbarten am 05.09.2017 eine Frist bis 12.09.2017, 12.00 Uhr ua auch für diese Fragestellungen.

Diese Fragestellung ist vor dem Ausschreibungshintergrund zu sehen, dass die AG im LV jeweils vor einem Leerfeld für den Einheitspreis der Position in zwei gesonderten Leerfeldern - preisauflgliedernd gemäß § 97 Abs 3 Z 3 BVergG bzw isd § 124 Abs 1 BVergG - den jeweiligen Einheitspreis in den Anteil Lohn und in den Anteil Sonstiges - bereits im Angebot im ausgefüllten LV aufgegliedert haben wollte. Diese Fragestellung ist vor dem Ausschreibungshintergrund zu sehen, dass die AG im LV jeweils vor einem Leerfeld für den Einheitspreis der Position in zwei gesonderten Leerfeldern - preisauflgliedernd gemäß Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG bzw isd Paragraph 124, Absatz eins, BVergG - den jeweiligen Einheitspreis in den Anteil Lohn und in den Anteil Sonstiges - bereits im Angebot im ausgefüllten LV aufgegliedert haben wollte.

Die wirtschaftliche Relevanz dieser Fragestellung erklärt sich dabei daraus, dass die AG im letztgültigen LV idF der dritten Berichtigung auf den Seiten 26 bis 28 für den Preisanteil Lohn und den Preisanteil Sonstiges jeweils unterschiedliche Subindices des Baukostenindex für Straßen- und Brückenbau normiert hat, die im Falle einer Preisgleitung heranzuziehen sind, womit evident wird, dass es letztlich abrechnungsrelevant sein kann, inwieweit die

AST welche beträge für Lohn und für Sonstiges bei irgendeiner LV - Position mit einer derartigen Preisaufgliederung für den Einheitspreis ansetzt. Die wirtschaftliche Relevanz dieser Fragestellung erklärt sich dabei daraus, dass die AG im letztgültigen LV in der Fassung der dritten Berichtigung auf den Seiten 26 bis 28 für den Preisanteil Lohn und den Preisanteil Sonstiges jeweils unterschiedliche Subindices des Baukostenindex für Straßen- und Brückenbau normiert hat, die im Falle einer Preisgleitung heranzuziehen sind, womit evident wird, dass es letztlich abrechnungsrelevant sein kann, inwieweit die AST welche beträge für Lohn und für Sonstiges bei irgendeiner LV - Position mit einer derartigen Preisaufgliederung für den Einheitspreis ansetzt.

Teil B.6 der Ausschreibungsunterlagen enthält diesbezüglich eine Bietererklärung, die mit dem Angebot abzugeben war und mit welcher die AST zu bestätigen hatte, dass sie die Ausschreibungsunterlagen kennt.

1.3.1. Derart wurden AG seitig iZm diesen 45 LV - Positionen ohne betragliche Angabe des Lohnanteils in der vorgesehenen Preisaufgliederung am 05.09.2017 vorgehalten; mit der Aufklärungsfrage 5.32 zB acht LV Positionen "Reinigen", insb als eine dieser acht Positionen im LV in der Hauptgruppe 03 in der Obergruppe 01 exemplarisch die LV - Position 260101A.

AG - seitig wurde bei dieser LV - Position abgefragt, welchen Betrag der Lohnanteil und welchen Betrag der Anteil Sonstiges für den Einheitspreis bei dieser Position ausmachen würde.

Die AST hat zB bei dieser Position trotz Bieterleerfeld keine abverlangte Preisaufgliederung gemacht und damit den mit dem Angebot abgefragten Lohnanteil nicht bis Angebotsfristende im Angebots - LV ausgepreist.

Die AST beantwortete ua auch diese Frage zur Zahl 5.32. am 12.09.2017 mit ihrem Aufklärungsschreiben, die sich damit auch auf die vorstehend genannte konkrete LV - Position bezieht, wie folgt:

Die Straßenkehrmaschine ist, in Anlehnung an das Transportgerät, als Material kalkuliert und beinhaltet auch Lohnkosten des Fahrers.

MaW klärte die AST (rechtlich vorwegnehmend) schriftlich verbindlich iSd §§ 125 Abs 5 BVergG und 126 Abs 1 BVergG dahin auf, dass die diesbezüglichen Lohnkosten des Fahrers in die Materialkosten eingerechnet worden wären. MaW klärte die AST (rechtlich vorwegnehmend) schriftlich verbindlich iSd Paragraphen 125, Absatz 5, BVergG und 126 Absatz eins, BVergG dahin auf, dass die diesbezüglichen Lohnkosten des Fahrers in die Materialkosten eingerechnet worden wären.

1.4. Die AG hat am 05.09.2017 im damaligen Aufklärungsgespräch ua auch vorbehalten, dass 118 konkretisierten LV - Positionen ohne den Anteil Sonstiges angeboten worden wäre. Dazu wurde va die Frage gestellt, wie die AST diesen Umstand betriebswirtschaftlich nachvollziehbar aufklärt.

Die AST klärte dazu zu einigen Positionen bereits am 05.09.2017 auf und kündigte zu den noch nicht aufgeklärten Positionen im Termineinvernehmen mit der AG eine Aufklärung bis 12.09.2017, 12.00 Uhr an.

Auch diese Fragestellung ist vor dem Ausschreibungshintergrund zu sehen, dass die AG im LV bei etlichen Positionen jeweils vor einem Leerfeld für den Einheitspreis der Position in zwei gesonderten Leerfeldern - preisaufgliedernd gemäß § 97 Abs 3 Z 3 BVergG bzw iSd § 124 Abs 1 BVergG - den jeweiligen Einheitspreis in den Anteil Lohn und in den Anteil Sonstiges - bereits im Angebot im ausgefüllten Angebots - LV aufgegliedert haben wollte. Auch diese Fragestellung ist vor dem Ausschreibungshintergrund zu sehen, dass die AG im LV bei etlichen Positionen jeweils vor einem Leerfeld für den Einheitspreis der Position in zwei gesonderten Leerfeldern - preisaufgliedernd gemäß Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG bzw iSd Paragraph 124, Absatz eins, BVergG - den jeweiligen Einheitspreis in den Anteil Lohn und in den Anteil Sonstiges - bereits im Angebot im ausgefüllten Angebots - LV aufgegliedert haben wollte.

Die wirtschaftliche Relevanz dieser Fragestellung erklärt sich dabei wiederum daraus, dass die AG im letztgültigen LV idF der dritten Berichtigung auf den Seiten 26 bis 28 für den Preisanteil Lohn und den Preisanteil Sonstiges jeweils unterschiedliche Subindices des Baukostenindex für Straßen- und Brückenbau normiert hat, die im Falle einer Preisgleitung heranzuziehen sind, womit evident wird, dass es letztlich abrechnungsrelevant sein kann, inwieweit die AST welche Beträge für Lohn und für Sonstiges bei irgendeiner LV - Position mit einer derartigen Preisaufgliederung für den Einheitspreis ansetzt. Die wirtschaftliche Relevanz dieser Fragestellung erklärt sich dabei wiederum daraus, dass die AG im letztgültigen LV in der Fassung der dritten Berichtigung auf den Seiten 26 bis 28 für den Preisanteil Lohn und den Preisanteil Sonstiges jeweils unterschiedliche Subindices des Baukostenindex für Straßen- und Brückenbau

normiert hat, die im Falle einer Preisgleitung heranzuziehen sind, womit evident wird, dass es letztlich abrechnungsrelevant sein kann, inwieweit die ASt welche Beträge für Lohn und für Sonstiges bei irgendeiner LV - Position mit einer derartigen Preisaufgliederung für den Einheitspreis ansetzt.

Teil B.6 der Ausschreibungsunterlagen enthält diesbezüglich eine Bietererklärung, die mit dem Angebot abzugeben war und mit welcher die ASt zu bestätigen hatte, dass sie die Ausschreibungsunterlagen kennt.

1.4.1. Derart wurden am 05.09.2017 AG seitig 118 LV - Positionen ohne betragliche Angabe des Anteils Sonstiges in der vorgesehenen Preisaufgliederung vorgehalten; zB mit der Aufklärungsfrage 6.3. im LV betreffend die Hauptgruppe 05 in der Obergruppe 01 und dort betreffend LV - Position 030431D "FreifeldVertSchrack AI IP54 B800 H1600 T400" (Seite 954 des LV idF der dritten Berichtigung). 1.4.1. Derart wurden am 05.09.2017 AG seitig 118 LV - Positionen ohne betragliche Angabe des Anteils Sonstiges in der vorgesehenen Preisaufgliederung vorgehalten; zB mit der Aufklärungsfrage 6.3. im LV betreffend die Hauptgruppe 05 in der Obergruppe 01 und dort betreffend LV - Position 030431D "FreifeldVertSchrack AI IP54 B800 H1600 T400" (Seite 954 des LV in der Fassung der dritten Berichtigung).

AG - seitig wurde bei dieser LV - Position im LV abgefragt, welchen Betrag der Lohnanteil und welchen Betrag der Anteil Sonstiges für den Einheitspreis bei dieser Position ausmachen würde.

Die ASt hat zB bei dieser Position trotz Bieterleerfeld keine abverlangte Preisaufgliederung gemacht und damit den mit dem Angebot - LV abgefragten Anteil Sonstiges nicht bis Angebotsfristende ausgepreist.

Am 05.09.2017 hat die ASt gemäß dem Protokoll über das Aufklärungsgespräch vom 05.09.2017 auf Seite 23 dieses Protokolls unter "2)" angegeben:

"Die Betriebsmittel "Sonstiges" wurden in diesen Positionen im K7-Blatt zwar richtig ausgewiesen (dies ist der jeweiligen Zeile zu entnehmen) jedoch ist der Kostenanteil "Sonstiges" fälschlicher Weise in der Spalte Lohn" dargestellt (zB Pos 030431D "FreifeldVertSchrack AI IP54 B800 H1600 T400"). Der kalkulierte Anteil "Sonstiges" kann jedoch den K-Blättern entnommen werden."

MaW teilte die ASt mit dass sie den Betragsanteil "Sonstiges" ua auch bei der gerade konkret erörterten Position gemeinsam mit der in der Preisaufgliederung abgefragten Lohnangabe als Lohnangabe ausgefüllt hätte.

1.5. Die ASt hat mit ihrer Bietererklärung B.6 bestätigt, die Ausschreibung zu kennen und dass sie jeden Wechsel eines im Angebot benannten Subunternehmer oder eines weiteren Subunternehmers und jeden Einsatz eines neuen, nicht in diesem Angebot bekannt gegebenen Subunternehmers oder eines weiteren Subunternehmers unverzüglich schriftlich [mitteilt [...].

In Punkt 1.1.8 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen, Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen ist im ersten Absatz festgeschrieben:

"Sollten sich bei der Prüfung der Ausschreibungsunterlagen Differenzen, Widersprüche oder sonstige Unklarheiten ergeben, ist der Bieter verpflichtet, den AG darüber schriftlich in Kenntnis zu setzen, indem er um Klarstellung und, falls notwendig, um entsprechende Korrekturen ersucht.

Alle für die Legung des Angebotes wesentlichen Fragen sind bei der vergebenden Stelle bis spätestens 7 Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen

[...]"

Die ASt hat entgegen den vorgenannten bestandfesten Verpflichtungen nicht fristgerecht gerügt, dass bei der Aufzahlungsposition 03.03290414A Az nach ihrem in der Bieteraufklärung vom 05.09.2017 mitgeteilten Standpunkt kein Anteil Sonstiges notwendig wäre, obwohl auch bei dieser LV - Position ein Leerfeld für Sonstiges bestandfest vorgesehen gewesen ist.

Die ASt hat zB auch iZm 113 LV - Positionen, wie im Protokoll über das Aufklärungsgespräch vom 05.09.2017 auf den Seiten 19 bis 23 iZm den Fragen 6.3. bis 6.113 dokumentiert, keinen Preisanteil Sonstiges ausgepreist, und darauf hingewiesen, dass man diesen Anteil Sonstiges aus den K7 - Blättern entnehmen könne. Das LV blieb insoweit teilweise unausgefüllt unvollständig.

Die ASt hat erstmalig mit Schreiben vom 15.09.2017 offen gelegt, dass sie den Subunternehmer [Sub1***] nur bedingt einsetzen möchte; und eventuell statt diesem Subunternehmer uU den alternativen Subunternehmer [Subersatz***] einsetzen möchte.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und Sachverhalt ergeben sich aus dem Vergabeakt und dem Gerichtsakt; und dabei insb aus dem Vorhalt, OZ 26 Z, dem Protokoll über das Aufklärungsgespräch vom 5.9.2017, dem Aufklärungsschreiben vom 12.9.2017 und der Vorhaltbeantwortung, OZ 33Z des Gerichtsakts.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 292 BVergG idFBGBl. I 2016/7 (= BVergG) hatte das BVwG gegenständlich mit dem entsprechend der Geschäftsverteilung 2017 des BVwG zusammengestellten Senat zu entscheiden und dabei das Verfahren abseits von Sonderverfahrensvorschriften im BVergG gemäß § 311 BVergG subsidiär unter Anwendung des VwGVG und des AVG durchzuführen. 3.1. Gemäß Paragraph 292, BVergG in der Fassung BGBl. römisch eins 2016/7 (= BVergG) hatte das BVwG gegenständlich mit dem entsprechend der Geschäftsverteilung 2017 des BVwG zusammengestellten Senat zu entscheiden und dabei das Verfahren abseits von Sonderverfahrensvorschriften im BVergG gemäß Paragraph 311, BVergG subsidiär unter Anwendung des VwGVG und des AVG durchzuführen.

Zu A)

3.2. Zum Zurückweisungsausspruch ist vorerst auf die Rsp des VwGH zu verweisen, dass ein Nachprüfungsantrag mangels eines dem Antragsteller drohenden Schadens mangels Antragslegitimation zurückzuweisen ist - § 320 Abs 1 BVergG. 3.2. Zum Zurückweisungsausspruch ist vorerst auf die Rsp des VwGH zu verweisen, dass ein Nachprüfungsantrag mangels eines dem Antragsteller drohenden Schadens mangels Antragslegitimation zurückzuweisen ist - Paragraph 320, Absatz eins, BVergG.

3.2.1. Der VwGH hat dazu zB zu ZI2011/04/0133 ausgeführt wie folgt:

2.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Vergabekontrollbehörde befugt, auf solche Gründe für das Ausscheiden eines Angebotes Bedacht zu nehmen, die vom Auftraggeber nicht herangezogen wurden. Bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei ist die Vergabekontrollbehörde sogar verpflichtet, diese eingewendeten Gründe dahin zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre, wobei sie bei dieser Prüfung nur die aus den Akten des Vergabeverfahrens ersichtlichen Umstände zu berücksichtigen hat und in einem solchen Fall nicht etwa ein Sachverständigengutachten zur Beurteilung des Vorliegens eines Ausscheidungsgrundes einholen muss (vgl. zuletzt das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2011, ZI. 2011/04/0011, mit weiteren Nachweisen auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sowie auf die Urteile des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 19. Juni 2003, Rs C-249/01, Hackermüller, und vom 28. Jänner 2010, Rs C-406/08, Uniplex). 2.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass das Angebot der mitbeteiligten Partei als ausschreibungswidrig auszuschneiden gewesen wäre, weshalb es ihr an der Antragslegitimation gefehlt habe, weil ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sein könne oder zu entstehen drohe. 3.2.2. Nach hier vertretener Auffassung mangelt es der ASt, die mit ihrem Angebot, wie nachstehend aufzuzeigen sein wird, auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens – ohne Notwendigkeit eines Sachverständigen für das BVwG - auszuschneiden gewesen wäre, an einem durch die angefochtene Widerrufsentscheidung drohenden Schaden; und damit auch an der Antragslegitimation, da die ASt wegen der objektiven Ausscheidensnotwendigkeit ihres Angebots in diesem Vergabeverfahren ohnehin keine objektiv durch das BVergG gerechtfertigte Zuschlagschance hätte. Der Nachprüfungsantrag der ASt war daher mangels eines ihr durch die Widerrufsentscheidung drohenden Schadens zurückzuweisen, zumal gegenständlich nicht der dem Urteil des EuGH zu Grunde liegende Sonderfall vorlag, in dem es um die Anfechtungszulässigkeit einer Zuschlagsentscheidung in Abhängigkeit von einer formellen Ausscheidensentscheidung zu Lasten des ASt ging. 2.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Vergabekontrollbehörde befugt, auf solche Gründe für das Ausscheiden eines Angebotes Bedacht zu nehmen, die vom Auftraggeber nicht herangezogen wurden. Bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei ist die Vergabekontrollbehörde sogar verpflichtet, diese eingewendeten Gründe dahin zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre, wobei sie bei dieser Prüfung nur die aus den Akten des Vergabeverfahrens ersichtlichen Umstände zu berücksichtigen hat und in einem solchen Fall nicht etwa ein Sachverständigengutachten zur Beurteilung des Vorliegens eines Ausscheidungsgrundes einholen muss

vergleiche zuletzt das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2011/04/0011, mit weiteren Nachweisen auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sowie auf die Urteile des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 19. Juni 2003, Rs C-249/01, Hackermüller, und vom 28. Jänner 2010, Rs C-406/08, Uniplex). 2.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass das Angebot der mitbeteiligten Partei als ausschreibungswidrig auszuschneiden gewesen wäre, weshalb es ihr an der Antragslegitimation gefehlt habe, weil ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sein könne oder zu entstehen drohe. 3.2.2. Nach hier vertretener Auffassung mangelt es der ASt, die mit ihrem Angebot, wie nachstehend aufzuzeigen sein wird, auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens – ohne Notwendigkeit eines Sachverständigen für das BVwG - auszuschneiden gewesen wäre, an einem durch die angefochtene Widerrufsentscheidung drohenden Schaden; und damit auch an der Antragslegitimation, da die ASt wegen der objektiven Ausscheidensnotwendigkeit ihres Angebots in diesem Vergabeverfahren ohnehin keine objektiv durch das BVergG gerechtfertigte Zuschlagschance hätte. Der Nachprüfungsantrag der ASt war daher mangels eines ihr durch die Widerrufsentscheidung drohenden Schadens zurückzuweisen, zumal gegenständlich nicht der dem Urteil des EuGH zu Grunde liegende Sonderfall vorlag, in dem es um die Anfechtungszulässigkeit einer Zuschlagsentscheidung in Abhängigkeit von einer formellen Ausscheidensentscheidung zu Lasten des ASt ging.

Das BVwG hat dabei genau jene Vorgaben für die Entscheidung auf Antragslegitimationsebene eingehalten, die der VwGH zu den Zlen 2007/04/0012 und 2011/04/0125 vorgegeben hat, nämlich den Vorhalt der erwogenen Ausscheidenssachverhalte und das zehntägige rechtliche Gehör iSv EuGH Rs C-249/01.

3.3. Zur objektiven Ausscheidensnotwendigkeit des Angebots der ASt:

3.3.1. Rücksichtlich des Vorbringens insb in der Vorhaltsbeantwortung der ASt ist vorab in generalis Folgendes festzuhalten:

3.3.1.1. Ein Ausscheiden wegen Unzuverlässigkeit kommt nicht nur bei Vorliegen von Ausschlussgründen gemäß § 68 Abs 1 BVergG in Betracht, sondern dann, wenn erweislich ist, dass sich der AG nicht auf den in Frage stehenden Bieter verlassen kann. Dies wird dadurch bestätigt, dass das Ausscheiden wegen Vorleigens von Ausschlussgründen über § 129 Abs 1 Z 1 BVergG erfolgt; und das Ausscheiden wegen Unzuverlässigkeit über § 129 Abs 1 Z 2 BVergG. 3.3.1.1. Ein Ausscheiden wegen Unzuverlässigkeit kommt nicht nur bei Vorliegen von Ausschlussgründen gemäß Paragraph 68, Absatz eins, BVergG in Betracht, sondern dann, wenn erweislich ist, dass sich der AG nicht auf den in Frage stehenden Bieter verlassen kann. Dies wird dadurch bestätigt, dass das Ausscheiden wegen Vorleigens von Ausschlussgründen über Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG erfolgt; und das Ausscheiden wegen Unzuverlässigkeit über Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

3.3.1.2. Soweit die ASt rücksichtlich jener LV – Positionen, in denen sie entweder keinen Anteil Lohn oder aber keinen Anteil Sonstiges ausgepreist hat, auf § 124 BVergG verweist, ist ihr der Gesetzeswortlaut vorzuhalten, der in § 124 Abs 1 BVergG lautet: 3.3.1.2. Soweit die ASt rücksichtlich jener LV – Positionen, in denen sie entweder keinen Anteil Lohn oder aber keinen Anteil Sonstiges ausgepreist hat, auf Paragraph 124, BVergG verweist, ist ihr der Gesetzeswortlaut vorzuhalten, der in Paragraph 124, Absatz eins, BVergG lautet:

§ 124. (1) Stimmt bei Angeboten mit Einheitspreisen der Positionspreis mit dem auf Grund 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 124, (1) Stimmt bei Angeboten mit Einheitspreisen der Positionspreis mit dem auf Grund 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.

Bestehend zwischen einer Preisaufgliederung und einem Einheitspreis Widersprüche, gilt wiederum der Einheitspreis.

Dies alles ändert aber nichts daran, dass § 124 BVergG keine Grundlage dafür bietet, um im Angebot unterlassene – dort abverlangte - Angaben über die Preisanteile Lohn und Sonstiges nach Angebotsabgabefrist zu ändern bzw zu ergänzen. Dies scheidet gemäß § 101 Abs 4 BVergG aus. Dies alles ändert aber nichts daran, dass Paragraph 124,

BVergG keine Grundlage dafür bietet, um im Angebot unterlassene – dort abverlangte - Angaben über die Preisanteile Lohn und Sonstiges nach Angebotsabgabefrist zu ändern bzw zu ergänzen. Dies scheidet gemäß Paragraph 101, Absatz 4, BVergG aus.

3.3.1.3. Das BVwG legt dieser Entscheidung insb nachstehende Rechtsgrundlagen bzw rechtlichen Ausführungen zu Grunde:

3.3.1.3.1. Vorrangig iZm den Rechtsfolgen der verbindlichen schriftlichen Preisaufklärung hat der VwGH zu ZI 2007/04/0102 zur Aufgabenverteilung zwischen Bieter, AG und Vergabekontrolle ausgesprochen wie folgt:

Soweit die Beschwerdeführerin aber meint, sie habe den niedrigen Einheitspreis - allerdings erst im Vergabekontrollverfahren - mit dem Bezug von [] erklärt, so ist ihr zu entgegnen, dass die Vergabekontrollbehörde nach der zitierten Judikatur zwar ebenso wie der Auftraggeber die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen hat, dies aber unter Berücksichtigung der dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen. Die belangte Behörde hatte daher im Nachprüfungsverfahren die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Einheitspreises für die [] auf der Grundlage der im Vergabeverfahren gegenüber der Auftraggeberin abgegebenen Erklärungen der Beschwerdeführerin zu beurteilen (somit auch auf der Grundlage des Prüfberichts, wonach []) und damit auf neue, im Nachprüfungsverfahren erstmals vorgebrachte Erklärungen betreffend die Plausibilität des Preises nicht Bedacht zu nehmen. Dies ergibt sich abgesehen von der zitierten Judikatur auch aus § 125 Abs. 5 BVergG 2006, wonach im Zuge der vertieften Angebotsprüfung der Auftraggeber eine verbindliche Erklärung zu verlangen hat und der Auftraggeber anschließend eingegangene Erläuterungen und Nachweise des Bieters bei der Prüfung der Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Preises zu berücksichtigen hat. Dieser Bestimmung stünde es entgegen, wenn der Bieter die tatsächliche Erklärung für die Nachvollziehbarkeit des konkret überprüften Preises im Vergabeverfahren verschweigen und erst im Zuge eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens vor der belangten Behörde preisgeben könnte, weil es dann dem Bieter überlassen bliebe, ob er eine vertiefte Angebotsprüfung schon vor dem Auftraggeber oder erst vor der Behörde ermöglicht, er also das in § 125 Abs. 5 BVergG 2006 umschriebene Verfahren vom Auftraggeber auf die Behörde überwälzt. Daher hat es der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 22. Juni 2011, ZI. 2011/04/0011, in einem Fall, in dem der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung hätte durchführen müssen, dies aber unterlassen hat, für rechtmäßig angesehen, dass die Behörde die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärte, weil es Aufgabe des Auftraggebers (und nicht der Behörde) sei, die vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Soweit die Beschwerdeführerin aber meint, sie habe den niedrigen Einheitspreis - allerdings erst im Vergabekontrollverfahren - mit dem Bezug von [] erklärt, so ist ihr zu entgegnen, dass die Vergabekontrollbehörde nach der zitierten Judikatur zwar ebenso wie der Auftraggeber die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen hat, dies aber unter Berücksichtigung der dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen. Die belangte Behörde hatte daher im Nachprüfungsverfahren die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Einheitspreises für die [] auf der Grundlage der im Vergabeverfahren gegenüber der Auftraggeberin abgegebenen Erklärungen der Beschwerdeführerin zu beurteilen (somit auch auf der Grundlage des Prüfberichts, wonach []) und damit auf neue, im Nachprüfungsverfahren erstmals vorgebrachte Erklärungen betreffend die Plausibilität des Preises nicht Bedacht zu nehmen. Dies ergibt sich abgesehen von der zitierten Judikatur auch aus Paragraph 125, Absatz 5, BVergG 2006, wonach im Zuge der vertieften Angebotsprüfung der Auftraggeber eine verbindliche Erklärung zu verlangen hat und der Auftraggeber anschließend eingegangene Erläuterungen und Nachweise des Bieters bei der Prüfung der Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Preises zu berücksichtigen hat. Dieser Bestimmung stünde es entgegen, wenn der Bieter die tatsächliche Erklärung für die Nachvollziehbarkeit des konkret überprüften Preises im Vergabeverfahren verschweigen und erst im Zuge eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens vor der belangten Behörde preisgeben könnte, weil es dann dem Bieter überlassen bliebe, ob er eine vertiefte Angebotsprüfung schon vor dem Auftraggeber oder erst vor der Behörde ermöglicht, er also das in Paragraph 125, Absatz 5, BVergG 2006 umschriebene Verfahren vom Auftraggeber auf die Behörde überwälzt. Daher hat es der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 22. Juni 2011, ZI. 2011/04/0011, in einem Fall, in dem der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung hätte durchführen müssen, dies aber unterlassen hat, für rechtmäßig angesehen, dass die Behörde die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärte, weil es Aufgabe des Auftraggebers (und nicht der Behörde) sei, die vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen.

Entsprechend der gerade zitierten VwGH – Rsp ist daher festzuhalten, dass die vom Bieter abgegebene Preisaufklärung unverrückbar jene Rechtfertigung ist, die die AG bzw das BVwG heranzuziehen haben, um zu beurteilen, inwieweit der

Positionspreis vergaberechtskonform ist. Ein Nachschieben weiterer Preisrechtfertigungen im Nachprüfungsverfahren ist unzulässig.

3.3.1.3.2. Die §§ 125 und 126 BVerG lauten vergleichend in den hier interessierenden Teilen 3.3.1.3.2. Die Paragraphen 125 und 126 BVerG lauten vergleichend in den hier interessierenden Teilen:

§ 125 [...] Paragraph 125, [...]

(5) Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung muss der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche – bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische – Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. [...]

§ 126 (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte [...] Paragraph 126, (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte [...]

Dementsprechend kann auch nach einem Aufklärungsverlangen des AG gemäß § 126 Abs 1 BVergG nur gelten, dass die vom Bieter im Vergabeverfahren abgegebenen Aufklärungen der hinterfragten Unklarheiten endgültige und abschließende Beurteilungsgrundlage für den AG und das BVwG sind, ohne dass bei unklaren Aufklärungen nochmals nachgefragt werden müsste. Dementsprechend kann auch nach einem Aufklärungsverlangen des AG gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG nur gelten, dass die vom Bieter im Vergabeverfahren abgegebenen Aufklärungen der hinterfragten Unklarheiten endgültige und abschließende Beurteilungsgrundlage für den AG und das BVwG sind, ohne dass bei unklaren Aufklärungen nochmals nachgefragt werden müsste.

3.3.1.3.3. ZB aus BVA N/0020-BVA/09/2011-28 ist zu zitieren:

Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung verschiedener konkreter Leistungspos, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zw den Leistungspos vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig ist (vgl Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG § 106 Rz 13, BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34). Da die Ast - wie sie selbst angibt - die Baustellengemeinkosten sowie die Verrechnungseinheiten in die Leuchten-Einheitspreise eingerechnet hat, liegt auch ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot vor, welches zwingend nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden ist. Verstößt die Kalkulation gegen die Vorgaben der Ausschreibungunterlage, ist ein derartiges Angebot auszuschneiden (vgl BVA 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-24). Ein solches Angebot ist sofort und ohne weitere Prüfung einer Behebbarkeit des in der Ausschreibungswidrigkeit liegenden Mangels auszuschneiden. Eine Mängelbehebung ist diesfalls ausgeschlossen (vgl Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG § 129 Rz 48 bzw 67). Wenn daher, insb auch vor dem Hintergrund der Ausschreibungsbindung der Angebote im offenen Vergabeverfahren, eine Preisaufgliederung in Lohn und Sonstiges bestandkräftig entweder durch die Ausschreibung oder durch sonstige Vorfestlegungen verlangt ist, so ist es dem Bieter nach Ablauf der Angebotsfrist verwehrt, derartige im Angebot nicht ersichtliche Aufgliederungen nach Ablauf der Angebotsfrist nachzureichen bzw Angebotsabgaben in diesem Bereich von Null auf eine andere Zahl zu ändern, da ihm dadurch entgegen § 101 Abs 4 BVergG die Möglichkeit eingeräumt würde, im offenen Verfahren nach Angebotsfristende sein Angebot zu ändern. Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung verschiedener konkreter Leistungspos, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zw den Leistungspos vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig ist vergleiche Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG Paragraph 106, Rz 13, BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34). Da die Ast - wie sie selbst angibt - die Baustellengemeinkosten sowie die Verrechnungseinheiten in die Leuchten-Einheitspreise eingerechnet hat, liegt auch ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot vor, welches zwingend nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden ist. Verstößt die Kalkulation gegen die Vorgaben der Ausschreibungunterlage, ist ein derartiges Angebot auszuschneiden vergleiche BVA 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-24). Ein solches Angebot ist sofort und ohne weitere

Prüfung einer Behebbarkeit des in der Ausschreibungswidrigkeit liegenden Mangels auszuschneiden. Eine Mängelbehebung ist diesfalls ausgeschlossen (vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG Paragraph 129, Rz 48 bzw 67). Wenn daher, insb auch vor dem Hintergrund der Ausschreibungsbindung der Angebote im offenen Vergabeverfahren, eine Preisaufgliederung in Lohn und Sonstiges bestandkräftig entweder durch die Ausschreibung oder durch sonstige Vorfestlegungen verlangt ist, so ist es dem Bieter nach Ablauf der Angebotsfrist verwehrt, derartige im Angebot nicht ersichtliche Aufgliederungen nach Ablauf der Angebotsfrist nachzureichen bzw Angebotsabgaben in diesem Bereich von Null auf eine andere Zahl zu ändern, da ihm dadurch entgegen Paragraph 101, Absatz 4, BVergG die Möglichkeit eingeräumt würde, im offenen Verfahren nach Angebotsfristende sein Angebot zu ändern.

3.3.2. Da die ASt ausschreibungswidrig entgegen dem diesbezüglichen Preisaufgliederungsgebot der Ausschreibung in etlichen LV Positionen und insbesondere in der Hauptgruppe 03 in der Obergruppe 01 exemplarisch die LV - Position 260101A bzw 030431D "FreifeldVertSchränk AI IP54 B800 H1600 T400 nicht die im abgefragten Angebot gemachten Preisaufgliederungen vorgenommen hat, hat die ASt ausschreibungswidrig angeboten.

Ihr Angebot wäre daher formal gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Ihr Angebot wäre daher formal gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen.

Dass die ASt im Gefolge des Aufklärungsgesprächs mit Schreiben vom 12.09.2017 "alle" K7 - Blätter nachgereicht hat, aus denen sich die AG dann die Preisaufgliederung herausuchen könnte, ändert dabei nichts daran, dass zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist nur ein Angebots - LV bei der AG eingelangt gewesen ist, in dem bei etlichen Positionen die geforderte Preisaufgliederung in Lohn und Sonstiges nicht im Angebot enthalten war, was eben ausschreibungswidrig ist.

Ausschreibungswidrig ist es dabei insb, wenn in der Hauptgruppe 03 in der Obergruppe 01 exemplarisch die LV - Position 260101A entsprechend der verbindlichen Aufklärung der ASt die Lohnkosten in den Materialkosten enthalten wären, obwohl die AG bestandfest eine Aufgliederung in Lohn und Sonstiges genau bei dieser Position verlangt hat.

Ausschreibungswidrig ist es dabei weiters insb, dass bei der LV - Position 030431D "FreifeldVertSchränk AI IP54 B800 H1600 T400 der Anteil Sonstiges im LV nicht aufscheint.

Die ASt war daher mit ihrem Angebots wegen insoweit mehrfacher Ausschreibungswidrigkeit zwingend auszuschneiden.

3.3.3. Die ASt hat ausschreibungswidrig nicht gegenüber der AG rechtzeitig bis 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist gerügt, dass bei der Aufzahlungsposition 03.03290414A Az nach ihrem in der Bieteraufklärung vom 05.09.2017 mitgeteilten Standpunkt kein Anteil Sonstiges notwendig wäre, obwohl auch bei dieser LV - Position ein Leerfeld für Sonstiges bestandfest vorgesehen gewesen ist.

Ist die Ausschreibung insoweit bestandfest geworden, hätte die ASt bei einer ausschreibungskonformen Angebotslegung nicht unterlassen können, in der bestandfest verlangten Preisaufgliederung einen Anteil Sonstiges anzugeben.

Die ASt war daher mit ihrem Angebots wegen insoweit vorliegender Ausschreibungswidrigkeit zwingend auszuschneiden.

3.3.4. Mag es auch entsprechend der Rsp des VwGH zu ZI Ra 2017/04/0055 zulässig sein, bei Ablehnung eines nicht erforderlichen Subunternehmers vor Zuschlagserteilung einen bereits für diesen Leistungsteil alternativ im Angebot benannten Subunternehmer heranzuziehen und an Hand dieses alternativen Subunternehmers von der Ausschreibungskonformität des Angebots auszugehen, so ändert es nichts daran, dass die AG bestandfest mit der Ausschreibung verlangt gehabt hat, dass sie alle (möglichen) Subunternehmer von der ASt wissen möchte.

Wenn die ASt daher erst lange nach Ablauf der Angebotsfrist erst am 15.09.2017 mit einem Aufklärungsschreiben offenlegt, dass ihr Auftragserfüllungsprogramm darauf aufbaut, dass in einem Leistungsbereich, für den der Subunternehmer Sub1*** namhaft gemacht worden ist, allenfalls alternativ der Subunternehmer [Subersatz***] herangezogen werden soll, obwohl die ASt [dies hier implizit auch feststellend] diesbezüglich ein Subunternehmerangebot des Unternehmens [Subersatz***] bereits vom (datiert) 10.07.2017, also lange vor Ablauf der Angebotsfrist am 09.08.2017, beweismäßig nachreicht, ist erwiesen, dass die ASt trotz Kenntnis dieses alternativ angedachten Subunternehmers zum Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist ausschreibungswidrig nicht alle angedachten Subunternehmer im Angebot benannt hat. Die ASt hat daher der AG die Möglichkeit genommen, bereits

unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist auch diesen nicht benannten Subunternehmer entsprechend zu prüfen. Eine Nachnennung eines Subunternehmers nach Ablauf der Angebotsfrist und vor Zuschlagserteilung würde aber das Angebot der ASt, das am 09.08.2017 zu finalisieren war, entgegen § 101 Abs 4 BVerG im Bereich der im Angebot für einen bestimmten Leistungsteil zu benennenden Erfüllungsgehilfen gemäß § 1313a ABGB nachträglich ändern. Wenn die ASt daher erst lange nach Ablauf der Angebotsfrist erst am 15.09.2017 mit einem Aufklärungsschreiben offenlegt, dass ihr Auftragserfüllungsprogramm darauf aufbaut, dass in einem Leistungsbereich, für den der Subunternehmer Sub1*** namhaft gemacht worden ist, allenfalls alternativ der Subunternehmer [Subersatz***] herangezogen werden soll, obwohl die ASt [dies hier implizit auch feststellend] diesbezüglich ein Subunternehmerangebot des Unternehmens [Subersatz***] bereits vom (datiert) 10.07.2017, also lange vor Ablauf der Angebotsfrist am 09.08.2017, beweismäßig nachreicht, ist erwiesen, dass die ASt trotz Kenntnis dieses alternativ angedachten Subunternehmers zum Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist ausschreibungswidrig nicht alle angedachten Subunternehmer im Angebot benannt hat. Die ASt hat daher der AG die Möglichkeit genommen, bereits unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist auch diesen nicht benannten Subunternehmer entsprechend zu prüfen. Eine Nachnennung eines Subunternehmers nach Ablauf der Angebotsfrist und vor Zuschlagserteilung würde aber das Angebot der ASt, das am 09.08.2017 zu finalisieren war, entgegen Paragraph 101, Absatz 4, BVerG im Bereich der im Angebot für einen bestimmten Leistungsteil zu benennenden Erfüllungsgehilfen gemäß Paragraph 1313 a, ABGB nachträglich ändern.

Es liegt daher auch insoweit ein ausschreibungswidrig auszuschheidendes Angebot der ASt vor.

3.3.5. Bei den vorstehend aufgezeigten Ergebnissen kann gemäß § 39 Abs 3 AVG dahinstehen, ob die ASt allenfalls auch aus anderen, bereits oder noch nicht vorgehaltenen Gründen mit ihrem Angebot auszuscheiden gewesen wäre. 3.3.5. Bei den vorstehend aufgezeigten Ergebnissen kann gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG dahinstehen, ob die ASt allenfalls auch aus anderen, bereits oder noch nicht vorgehaltenen Gründen mit ihrem Angebot auszuscheiden gewesen wäre.

Zu B) Zulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Es liegt nämlich noch keine gefestigte Rsp des VwGH dazu vor, inwieweit nach dem Urteil des EuGH in der Rs C-355/15 abseits der Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung allenfalls entgegen der hier vertretenen Sichtweise die Antragslegitimation und insb der Schaden gemäß § 320 Abs 1 BVergG zB auch bei Anfechtung einer Widerrufsentscheidung rein formal nur dann verneint werden könnte, wenn der antragstellende Bieter zuvor bereits bestandskräftig aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden wurde; Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Es liegt nämlich noch keine gefestigte Rsp des VwGH dazu vor, inwieweit nach dem Urteil des EuGH in der Rs C-355/15 abseits der Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung allenfalls entgegen der hier vertretenen Sichtweise die Antragslegitimation und insb der Schaden gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zB auch bei Anfechtung einer Widerrufsentscheidung rein formal nur dann verneint werden könnte, wenn der antragstellende Bieter zuvor bereits bestandskräftig aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden wurde;

bzw ob gegenteilig zu dieser eher formalen Sichtweise (bei der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung im Gefolge von EuGH C-355/15) bei der hier relevanten Anfechtung der Widerrufsentscheidung weiterhin materiell zu klären ist, inwieweit der jeweilige Antragsteller auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens überhaupt noch/nicht mehr für einen Zuschlag in Betracht kommen könnte, wobei die Schadenseignung der angefochtenen Widerrufsentscheidung materiell nur dann in Betracht kommt, wenn der Antragsteller auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens als mit seinem Angebot nicht auszuschheidend zu beurteilen ist.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsänderung, Antragslegitimation, Aufklärung mangelhaft, Ausscheiden eines Angebotes,

Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Bauauftrag, bestandfeste Ausschreibung, Bietergemeinschaft, Chance auf Zuschlagserteilung, drohende Schädigung, Kalkulation, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit, Nichtigerklärung, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, Revision zulässig, Schaden, Subunternehmer, unvollständiges Angebot, Unvollständigkeit, Vergabeverfahren, Widerruf, Widerruf des Vergabeverfahrens, Widerrufsentscheidung, Zurückweisung, Zuverlässigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W131.2173580.2.00

Zuletzt aktualisiert am

08.01.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at