

# TE Bvwg Erkenntnis 2020/8/26 W273 2233268-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.08.2020

## Entscheidungsdatum

26.08.2020

## Norm

BVergG 2018 §112 Abs3  
BVergG 2018 §12 Abs1 Z4  
BVergG 2018 §125  
BVergG 2018 §141 Abs1 Z7  
BVergG 2018 §2 Z15  
BVergG 2018 §2 Z5  
BVergG 2018 §20 Abs1  
BVergG 2018 §327  
BVergG 2018 §328 Abs1  
BVergG 2018 §333  
BVergG 2018 §334 Abs2  
BVergG 2018 §342  
BVergG 2018 §344  
BVergG 2018 §347  
BVergG 2018 §4 Abs1 Z2  
BVergG 2018 §5  
B-VG Art133 Abs4  
VwGVG §24 Abs1  
VwGVG §28 Abs1  
VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W273 2233268-1/20E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Isabel FUNK-LEISCH als Vorsitzende sowie Mag. Martin SAILER als fachkundiger Laienrichter auf Auftraggeberseite und Mag. Julia WEISS als fachkundige Laienrichterin auf Auftragnehmerseite über die Anträge der XXXX , XXXX , im Vergabeverfahren „A1 West Autobahn/A10 Tauern Autobahn Großraum Salzburg Rahmenvereinbarung Bau 2020-2022 Option 2023“ der Auftraggeberin Autobahnen-

und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag „das Bundesverwaltungsgericht möge das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin gemäß Schreiben der Auftraggeberin vom 16.7.2020 (Ausscheidensentscheidung) für nichtig erklären“ wird abgewiesen.

B)

Die Revision ist nicht zulässig.

## **Text**

Entscheidungsgründe:

### I. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 22.07.2020 beantragte die XXXX (im Folgenden auch „die Antragstellerin“) das Bundesverwaltungsgericht möge eine mündliche Verhandlung anberaumen, das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin gemäß Schreiben der Auftraggeberin vom 16.07.2020 (Ausscheidensentscheidung) für nichtig erklären und die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution die entrichteten Pauschalgebühren zu bezahlen. Die Antragstellerin stellte den Antrag auf Akteneinsicht in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens und beantragte die mit dem Nachprüfungsantrag vorgelegte Beilage ./12 von der Einsichtnahme durch andere Bieter ausnehmen.

2. Mit Schreiben vom 22.07.2020 verständigte das Bundesverwaltungsgericht die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens.

3. Mit Schreiben vom 24.07.2020 erteilte die Auftraggeberin die allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und legte dem Bundesverwaltungsgericht die Akten des Vergabeverfahrens vor.

4. Mit Schreiben vom 28.07.2020 nahm die Auftraggeberin zum Antragsvorbringen Stellung und beantragte, das Bundesverwaltungsgericht möge jene Teile der vorgelegten Unterlagen, welche nicht die Antragstellerin betreffen würden, von der Akteneinsicht durch die Antragstellerin ausnehmen, eine mündliche Verhandlung durchführen, den Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 16.07.2020 zurück-, in eventuelle abweisen sowie den Antrag auf Verpflichtung der Auftraggeberin zur Erstattung der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühr zurück- in eventuelle abweisen.

5. Mit Schreiben vom 04.08.2020 übermittelte das Bundesverwaltungsgericht der Antragstellerin die Allgemeinen Auskünfte und die Stellungnahme der Auftraggeberin vom 28.07.2020 zur allfälligen Stellungnahme.

6. Mit Schreiben vom 12.08.2020 replizierte die Antragstellerin auf die Ausführungen der Auftraggeberin und wiederholte den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung.

7. Mit Schreiben vom 17.08.2020 übermittelte das Bundesverwaltungsgericht der Auftraggeberin die Replik der Antragstellerin vom 12.08.2020 zur Kenntnis.

8. Das Bundesverwaltungsgericht führte am 21.07.2020 eine mündliche Verhandlung in Anwesenheit der Parteien und ihrer rechtlichen Vertreter durch.

9. Am 21.07.2020 erfolgte nach Erörterung der Sach- und Rechtslage die Beschlussfassung im Senat.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat festgestellt und erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG, im Folgenden auch „die Auftraggeberin“), vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, schrieb unter der

Bezeichnung „A1 West Autobahn/A10 Tauern Autobahn Großraum Salzburg Rahmenvereinbarung Bau 2020-2022 Option 2023“, Bauarbeiten aus. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens erfolgte am 07.04.2020 über die Vergabepattform PROVIA in Österreich. Die Auftraggeberin führt ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Unterschwellenbereich nach dem Billigstangebotsprinzip durch. Der geschätzte Auftragswert beträgt XXXX für die Grundleistung und EUR XXXX für die Option (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens).

1.2. Die Seiten 1-2 des Angebotsdeckblattes lauten auszugsweise (Unterlagen des Vergabeverfahrens):

„Angebot

Auftraggeber

Vergebende Stelle

Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft Rotenturmstraße 5-9

A-1011 Wien

ASFINAG Bau Management GmbH Modecenterstraße 16

A-1030 Wien

Ausschreibungsgegenstand

Ansprechpartner und Informationsübermittlung

A1 West Autobahn / A10 Tauern Autobahn Großraum Salzburg

Rahmenvereinbarung Bau 2020-2022

Option 2023

...

Die Informationsübermittlung erfolgt über [www.provia.at](http://www.provia.at)

Ende der Angebotsfrist

Angebotsabgabe und Angebotsöffnung

Siehe [www.provia.at](http://www.provia.at), Verfahrens-ID 46830

Angebotsabgabe: elektronisch: [www.provia.at](http://www.provia.at)

Ort der Angebotsöffnung:

die Angebotsöffnung ist nicht öffentlich

Die Ausschreibung besteht aus:

Davon zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidenssanktion!):

Angebotsdeckblatt und Formblätter

B.1 Allg. Ausschreibungsbestimmungen

B.2 Baubeschreibung/Pläne/Gutachten

B.3 Technische Vertragsbestimmungen für den Straßen- und Brückenbau

B.4 Allg. rechtliche Vertragsbestimmungen

B.5 Leistungsverzeichnis

B.6 Bietererklärung

B.7 Rahmenvereinbarung

- Angebotsdeckblatt
- ausgepreistes Leistungsverzeichnis

Formblätter:

- Subunternehmerverzeichnis (falls relevant)

Art des Vergabeverfahrens:

Sonstige Unterlagen:

(vom Bieter gegebenenfalls zu ergänzen)

Offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung

Unterschwellenbereich - Bauleistung

Begleitschreiben ? Ja ? Nein

Eigenerklärung des Bieters ? Ja ? Nein

Mein (Unser) (Haupt)-Angebot schließt mit folgendem Preis:

Grundleistung

Option

Leistungen gem. B.5

EUR

Verlängerung 2023 vom AG fix vorgegeben:

40% der Leistungen gem. B.5

EUR

Summe Netto

EUR

Aufschlag / Nachlass %

EUR

Gesamtpreis (Grundleistung / Option)

EUR

Gesamtpreis (Grundleistung + Option)

EUR

+ 20 % USt

EUR

Angebotspreis

EUR

"

1.3. Teil B.1. Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen (im Folgenden „B.1. AAB“) lautet auszugsweise wie folgt (Vergabeakt, Ordner A./1, Hervorhebungen im Original):

„1.1.18 Leistungsverzeichnis / Datenträger

Zur elektronischen Bearbeitung wird von Seiten des Auftraggebers ein Datenträger gemäß ÖNORM A 2063 (und/oder B 2063) beigestellt.

Das Angebotsleistungsverzeichnis muss mit dem Ausschreibungsleistungsverzeichnis hinsichtlich der Positionsanzahl, der Positionsreihenfolge, der Positionsnummer, der Ausschreibungsmenge, der Positionsmengeneinheit und der Art und Anzahl der Preisanteile ident sein. Sollte diese Übereinstimmung nicht vorliegen, so gelten, sofern die Mängel behebbar sind, ausschließlich die Bestimmungen des Ausschreibungsleistungsverzeichnisses.

Das Leistungsverzeichnis (in der Folge LV) ist vollständig ausgepreist mit Angabe aller angebotenen Nachlässe und des Gesamtpreises abzugeben. Der Bieter wird ersucht, einerseits einen Ausdruck des Kurzleistungsverzeichnisses (bei elektronischer Abgabe als .pdf) und einen (jedoch nur nachrangig gültigen) Datenträger gemäß ÖNORM A 2063 abzugeben. Auch ein handschriftlich ausgepreistes LV ist gültig.

Bei Alternativangeboten ist sinngemäß vorzugehen. Die vom Bieter vorzulegende ausführliche Leistungsbeschreibung der angebotenen Alternative bildet die Grundlage für die im LV angebotenen Preise.

...

1.1.17 Form und Einreichung der Angebote

Der Bieter ist – bei sonstigem Ausscheiden – verpflichtet, die im Angebotsdeckblatt unter „zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidenssanktion)“ angeführten Teile gemeinsam mit dem Angebot abzugeben. Diese Unterlagen müssen daher bei der Angebotsöffnung zwingend dem Angebot angeschlossen sein und können nicht mehr nachgereicht werden (unbehebbarer Mangel).

Sonstige in den Ausschreibungsunterlagen verlangte Unterlagen sind – sofern ein behebbarer Mangel vorliegt – über Aufforderung binnen der im Aufforderungsschreiben genannten Frist bei der vergebenden Stelle nachzureichen.

Dem Angebotsdeckblatt sind sämtliche Formblätter angeschlossen. Klarstellend wird festgehalten, dass sich die oa. Verpflichtung zur zwingenden Abgabe von Unterlagen nur auf jene Formblätter bezieht, welche dort (auf dem Angebotsdeckblatt unter „zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen „Ausscheidenssanktion“) ausdrücklich angeführt sind.

Alle übrigen Formblätter bzw. Unterlagen sind nachforderbare Unterlagen und – sofern ein behebbarer Mangel vorliegt – über Aufforderung binnen der im Aufforderungsschreiben genannten Frist bei der vergebenden Stelle nachzureichen.

Die Angebote sind vollständig und mit den vorgesehenen Textvordrucken und Formblättern auszufüllen. Es können auch Ergänzungsblätter verwendet werden, wenn die Formblätter bzw. die darin enthaltenen Felder für die Angaben des Bieters nicht ausreichend sind.

Das Angebot hat bis spätestens zu der am Angebotsdeckblatt festgelegten Frist (siehe Angebotsdeckblatt) einzugehen. Im Falle einer Berichtigung mit Fristverlängerung gilt als Ende der Angebotsfrist der in der Berichtigung angegebene Termin.

Die Angebote sind so rechtzeitig hochzuladen, abzugeben oder per Post abzusenden, dass sie spätestens bis zum Ende der Angebotsfrist auf der Vergabeplattform ProVia oder am Ort der Angebotsöffnung (siehe Angebotsdeckblatt)

vorliegen. Das Risiko des rechtzeitigen Eingangs trägt der Bieter. Später einlangende Angebote werden nicht berücksichtigt.

Im Angebotsdeckblatt wird unter „Angebotsabgabe und Ort der Angebotsöffnung“ festgelegt, ob die Angebote in elektronischer oder schriftlicher Form (Papier) einzureichen sind. Auf Basis dieser Festlegung sind die zugehörigen Kapitel weiter unten zu beachten.

Ein allfällig verlangtes Vadium ist unabhängig von der Art der Angebotseinreichung jedenfalls schriftlich als Original innerhalb der Angebotsfrist am Ort der Angebotsöffnung gemäß Angebotsdeckblatt abzugeben.

...

#### 1.1.22 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.

...

#### 1.1.35 Optionale Leistungen

Sind gemäß LV Optionen vorgesehen, so gilt:

Die optional ausgeschriebenen Leistungen sind im LV getrennt angegeben bzw. als Option erkenntlich gemacht. Sämtliche vertragliche Regelungen gelten auch für die Option. Der AG behält sich das einseitige Gestaltungsrecht vor, die Option oder Teile der Option bis 3 Monate vor Ende der Leistungsfrist abzurufen. Weiters unterliegt der optionale Anteil genauso der vertieften Angebotsprüfung wie die nicht optionalen Leistungen (Grundleistung).“

1.4. Teil B.2. Bauschreibung/Pläne/Gutachten Bauleistungen (im Folgenden „B.2. Bauleistungen“) lautet auszugsweise wie folgt (Vergabeakt, Ordner A./1, Hervorhebungen im Original):

#### „2.1 Bauumfang und -bereich

Die gegenständliche Baumaßnahme umfasst die Leistungen des Projektes

A1 West Autobahn / A10 Tauern Autobahn - Großraum Salzburg

Rahmenvereinbarung Bau 2020-2022 / Option 2023

Die Leistungen umfassen die Zuständigkeitsbereiche folgender Autobahnmeistereien:

- ABM Salzburg Lieferung:

A01 West Autobahn km 266,73 – km 301,00

A10 Tauern Autobahn km 0,00 – km 9,18

- ABM Golling:

A10 Tauern Autobahn km 9,18 – km 53,42

Zubringer Bischofshofen km 0,00 – km 3,95

- ABM Flachau:

A10 Tauern Autobahn km 53,42 – km 80,73

- ABM St. Michael in Lungau.:

A10 Tauern Autobahn km 80,73 – km 132,08

Die Dauer der Rahmenvereinbarung: bis einschließlich 31.12.2022

Option 2023:

Der AG behält sich das Recht vor, 40% der ausgeschriebenen Leistung für die Verlängerung der Rahmenvereinbarung als optionale Leistung zu beauftragen.

Die Dauer der Rahmenvereinbarung inkl. Option: bis einschließlich 31.12.2023“

1.5. Teil B.5. Leistungsverzeichnis Bauleistungen (folgenden „ Leistungsverzeichnis B.5.“) lautet auszugsweise wie folgt (Vergabeakt, Ordner A./1, Hervorhebungen im Original):

„00B105D Billigstbieter (mit opt. Leistungen)

Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden zufolge den Bestimmungen des BVergG übrig bleiben, wird der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt. Es sind daher keine Alternativangebote zugelassen. Die diesbezüglichen Bestimmungen in der Ausschreibung kommen nicht zur Anwendung.

Die Preise der optionalen Leistungen fließen wie folgt in die Billigstbieterermittlung ein:

Preis des Bieters = Gesamtpreis ohne Optionen x 100 % + Optionale Leistungen x 100 %“

...

00B508 Z Hinweis zur Kalkulation Option 2023

Die Einheitspreise aus dem Hauptangebot bleiben unverändert. Die Mengen aus dem Hauptangebot (gemäß B.5) sind auf ganze Zahlen zu runden.

Die Menge der Option wird mit der folgenden Formel ermittelt :

(z.Bsp. Excel)

=RUNDEN("LV-Menge"\*40%;0)

Beispiel:

Position

Positionsstich

wort

LV-Menge

(100%)

EH

Menge Option (40%)

EH

310706D

Rohreinmünd ungen DN 200

3

Stk

1

Stk

124001C

Schacht LW 600/600 C25/30/B7 SD + WD 20 cm

4

m

2

m

1.6. Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot (Antrag auf Nichtigerklärung, Unterlagen des Vergabeverfahrens). Das Angebotsdeckblatt der Antragstellerin lautet:

Die erste Seite des Leistungsverzeichnisses der Antragstellerin lautet (Unterlagen des Vergabeverfahrens):

Die letzte Seite des Leistungsverzeichnisses des Angebots der Antragstellerin lautet:

1.7. Die Angebotsöffnung erfolgte am 12.05.2020. Das Angebotsöffnungsprotokoll wurde an alle Bieter übermittelt. Die Namen und Angebotssummen der Bieter lauten entsprechend der Reihung der Auftraggeberin (ohne USt, Unterlagen des Vergabeverfahrens):

1. XXXX Hauptangebot EUR XXXX
2. XXXX Hauptangebot EUR XXXX
3. XXXX Hauptangebot EUR XXXX
4. XXXX Hauptangebot XXXX

1.8. Mit Schreiben vom 15.05.2020 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Aufklärung gemäß § 138 BVergG 2018 auf. Das Schreiben der Auftraggeberin vom 15.05.2020 lautet auszugsweise:

„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:

Rechenfehler

Im Zuge der Angebotsprüfung wurde festgestellt, dass Ihr Angebot beim Übertrag der Grundleistung vom Angebotsteil B.5 auf das Angebotsdeckblatt einen Rechenfehler aufweist, und die Summe aller Korrekturen in Bezug auf das ursprüngliche Angebot mehr als 2 % beträgt.

Die von Ihnen angegebene Angebotssumme im Angebotsdeckblatt stimmt nicht mit der Summe des Datenträgers bzw. des ausgepreisten Leistungsverzeichnis B.5 überein. Beim Übertrag der Grundleistung (=Angebotssumme netto gem. B.5) liegt ein Fehler vor. Die Ermittlung der Option gem. der in Pos. 00B508 angegebene Formel wurde richtig durchgeführt. Auf Grund der nicht korrekt eingetragenen Grundleistung wurde die Summe inkl. Option am Angebotsdeckblatt nicht richtig ermittelt.

Aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen bzw. aufgrund des § 141 Abs 1 Z 7 und Z 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).“

1.8. Mit Schreiben vom 19.05.2020 nahm die Antragstellerin zum Schreiben der Auftraggeberin vom 15.05.2020 auszugsweise folgendermaßen Stellung:

„Zu Ihrem Ersuchen vom 15.5.2020 in der im Betreff genannten Angelegenheit dürfen wir Stellung nehmen wie folgt:

Es trifft zwar zu, dass die von uns angegebene Angebotssumme im Angebotsdeckblatt als Zahl nicht mit der Summe des Datenträgers bzw. des ausgepreisten Leistungsverzeichnisses B.5 übereinstimmt. Dies fußt aber auf der Regelung in Punkt 2.1 Teil B.2, die besagt: „Der AG behält sich das Recht vor, 40% der ausgeschriebenen Leistung für die Verlängerung der Rahmenvereinbarung als optionale Leistung zu beauftragen.“ Damit wird implizit festgelegt, dass im Angebotsdeckblatt 60 % der Leistung als „Grundleistung“ und 40 % der Leistung als Option festzusetzen und auszureisen sind.

Im Leistungsverzeichnis B.5 haben wir daher ausschreibungsgemäß 100 % der Leistung ausgepreist. Auf Grund der Formulierung in Punkt 2.1 Teil B.2 haben wir folglich im Angebotsdeckblatt 60 % der ausgeschriebenen Leistung gemäß B.5 im Feld „Leistungen gemäß B.5“ und 40 % der ausgeschriebenen Leistung gemäß B.5 im Feld „Verlängerung 2023 vom AG fix vorgegeben: 40% der Leistungen gern. B. 5“ ausgewiesen. Sämtliche Beträge basieren dabei auf das ausgepreiste Leistungsverzeichnis B.5. Unseres Erachtens erfolgten daher unsere Preisangaben im Angebotsdeckblatt korrekt.



Selbst wenn man anderer Meinung wäre, nämlich dass im Feld „Leistungen gern. B.5“ 100 % der ausgeschriebenen Leistung gemäß B.5 und im Feld „Verlängerung 2023 vom AG fix vorgegeben: 40%“ der Leistungen gern. B.5“ zusätzlich 40 % der ausgeschriebenen Leistung gemäß B.5 auszureisen gewesen wären, so wäre aber unser Angebot mit keinem Rechenfehler iSv § 91 Abs 9 iVm § 126 Abs 4 iVm § 138 Abs 7 belastet. Damit wäre auch kein Ausscheiden unseres Angebots gern. § 141 Abs 1 Z 7 und 8 BVergG gerechtfertigt.

Denn wie Sie richtig schreiben, läge damit - würde man der anderen Meinung folgen - beim Übertrag der Grundleistung (= Angebotssumme netto gemäß B.5) ein Fehler vor. Ein Übertragungsfehler ist nach ständiger Judikatur des VwGH als verbesserungsfähiger Mangel zu werten, wenn eine fälschliche Preisangabe nach der Angebotsöffnung nachweislich nicht zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung führt (Koller in Gast [Hrsg], BVergG § 141 Rz 626 mwN; vgl. dazu auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg], Kommentar zum BVergG § 126 Rz 41 und 46 mwN).

Im vorliegenden Fall wären weder Manipulationsmöglichkeiten nach Angebotsabgabe möglich, noch hätte die „Behebung des Mangels“ eine Auswirkung auf unsere Wettbewerbsstellung.

Zum einen ergäben sich nämlich bei „Mangelbehebung“ im Angebotsdeckblatt nur Zahlen, die auf das ausgepreiste Leistungsverzeichnis B.5 und die dort vorgenommene Preisermittlung basieren, welche lauten wie folgt:

€ XXXX  
€

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

Zum anderen ergäbe sich dadurch auch in der Reihung der Angebote keine Änderung. Unser Angebot wäre auch nach „Mangelbehebung“ nach wie vor an erster Stelle gereiht, es läge keine Verbesserung unserer Wettbewerbsstellung vor. Wir ersuchen daher um Berücksichtigung unseres Angebots für die Zuschlagsentscheidung.“

1.9. Am 16.07.2020 gab die Auftraggeberin der Antragstellerin bekannt, dass ihr Angebot auszuschneiden gewesen war und begründete dies auszugsweise wie folgt:

„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:

- rechnerisch fehlerhaftes Angebot (§ 141 Abs 1 Z 8 BVergG 2018)
- den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot (§ 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018)
- keine nachvollziehbare Begründung (§ 141 Abs 2 BVergG 2018)

Gemäß den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen wird bez. Rechenfehler folgende Festlegung getroffen:

1.1.22 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.

...

Die Ausscheidensentscheidung begründet sich wie folgt: Es handelt sich gegenständlich um einen Rechenfehler und nicht um einen Übertragungsfehler. Dies darum, weil im Leistungsverzeichnis keine Positionen „Gesamtpreis Grundleistung“ bzw. „Gesamtpreis Option“ existieren, welche in das Angebotsdeckblatt zu übertragen waren. Vielmehr war der Preis für die Grundleistung bzw. die optionalen Leistungen für Zwecke der Angabe im Angebotsdeckblatt erst zu errechnen.

Zwar wurde der „Gesamtpreis Option“ richtig berechnet (Leistungen lt. LV x 0,4), bei der Berechnung der Grundleistung wurde jedoch entgegen der Bestimmungen der Ausschreibung nicht der Faktor 1, sondern der Faktor 0,6 verwendet. Da die Berichtigung des Rechenfehlers mehr als 2% beträgt, war Ihr Angebot leider gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen und gemäß § 141 Abs 1 Z 8 BVergG 2018 auszuschneiden.

Selbst wenn man Ihrer Argumentation folgen würde, dass kein Rechenfehler, sondern ein Übertragungsfehler beim Übertrag der Grundleistung aus dem LV vorliegt, ist Ihr Angebot leider auszuschneiden.

Gemäß den Bestimmungen B2, Pkt 2.1 behält sich der AG das Recht vor, 40% der ausgeschriebenen Leistungen für die Verlängerung der Rahmenvereinbarung als optionale Leistungen zu beauftragen. Pos 00B508 Z enthält zudem einen Hinweis zur Kalkulation der Option 2023 und legt eine Rundungsformel für die Berechnung der Mengen fest. Aus diesen Festlegungen ergibt sich, dass als Grundleistungen die im LV ausgepreisten Leistungen für die Jahre 2020 bis 2022 (mit dem Faktor 1) anzubieten waren und für die Verlängerung der Rahmenvereinbarung zusätzlich 40% eben dieser Summe als Option.

Entgegen den zwingenden Ausschreibungsvorgaben haben Sie jedoch nur 60% der Leistungen lt. LV als Grundleistung angeboten und legten damit ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, welches gem. § 141 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden und keiner Verbesserung zugänglich ist.

Darüber hinaus weisen wir darauf hin, dass Ihre Aufklärung keine nachvollziehbare Begründung enthielt, zumal sie keinen Bezug zu den in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegten Regelungen hinsichtlich Umgang mit Rechenfehlern, im Besonderen bei Abweichungen größer 2%, nimmt und auch nicht plausibel darlegen kann, weshalb auf Basis der Ausschreibungsunterlagen lediglich 60% der Leistungen lt. LV als Grundleistung anzubieten wären. Ihr Angebot war daher auch aus diesem Grund auszuschneiden (§ 141 Abs 2 BVergG 2018). Aufgrund der oben angeführten Tatsachen war Ihr Angebot daher leider auszuschneiden.“

1.10. Die Antragstellerin entrichtete eine Pauschalgebühr in der Höhe von EUR XXXX (Zahlungsbestätigung, Beilage ./10 zu OZ 1).

1.11. Die Auftraggeberinnen haben das Vergabeverfahren nicht widerrufen und den Zuschlag noch nicht erteilt (OZ 4).

## 2. Beweiswürdigung:

2.1. Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammer genannten Quellen. Diese sind die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberinnen erteilen können.

2.2. Die Echtheit und Richtigkeit von herangezogenen Unterlagen hat keine der Verfahrensparteien bestritten. Diese Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche in den Unterlagen traten nicht auf.

2.3. In der mündlichen Verhandlung wurden die unterschiedlichen Auslegungen der Antragstellerin und der Auftraggeberin betreffend die Ausschreibungsunterlagen erörtert (Protokoll der mündlichen Verhandlung). Aus der mündlichen Verhandlung ergaben sich keine über die in den Feststellungen als Quellen zitierten Unterlagen hinausgehenden Inhalte zum Ablauf des Vergabeverfahrens.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

### 3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und zur formalen Zulässigkeit

3.1.1. Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 328 Abs. 1 Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBl I 2018/65 idGF, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327 BVergG 2018, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung

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. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Nachprüfungsantrag zu entscheiden. Somit liegt Senatszuständigkeit vor.

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

3.1.2. Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG 2018 ist die ASFINAG. Sie ist eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 5 BVergG 2018 um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 (idF BGBl. II Nr. 358/2019), sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018. Da das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht gemäß § 334 Abs. 2 BVergG 2018 zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers zuständig.

3.1.3. Die ASFINAG führt ein offenes Verfahren. Die Ausscheidensentscheidung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit a) sublit aa) iVm sublit jj) BVergG 2018. Der Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung vom 16.07.2020 wurde am 22.07.2020, somit innerhalb der Frist des § 343 Abs 1 BVergG 2018 (10 Tage) eingebracht. Die Antragstellerin entrichtete die Pauschalgebühren in der erforderlichen Höhe (§ 340 Abs. 1 Z 1 und 3 BVergG 2018 iVm §§ 1 BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018, BGBl II Nr 212/2018 – Bauaufträge im Unterschwellenbereich). Ein Grund für eine Unzulässigkeit gemäß § 344 Abs. 2 BVergG 2018 liegt nicht vor. Der Antrag enthält alle in §344 Abs. 1 BVergG 2018 geforderten Inhalte.

3.2. Zu A) Abweisung des Antrages auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung

3.2.1. Die maßgeblichen Bestimmungen BVergG 2018 lauten:

„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 lautereren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

...

7. Abschnitt

Das Angebot

Allgemeine Bestimmungen

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

(2) Sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich anderes festgelegt wird, ist das Angebot mit sämtlichen dazugehörigen Unterlagen (zB Prüfsertifikate) in deutscher Sprache und in Euro zu erstellen.

(3) Angebote müssen sich auf die ausgeschriebene Gesamtleistung beziehen, es sei denn, dass in der Ausschreibung die Möglichkeit von Losvergaben vorgesehen wurde. Ein gemäß der Ausschreibung unzulässiges Angebot in Losen ist mit einem unbehebbaeren Mangel behaftet. Variantenangebote müssen sich auf die Ausschreibungsvariante beziehen.

(4) Alternativangebote haben die Mindestanforderungen zu erfüllen und die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen. Die Gleichwertigkeit ist vom Bieter nachzuweisen. Alternativangebote können sich auf die Gesamtleistung, auf Teile der Leistung oder auf die wirtschaftlichen oder rechtlichen Bedingungen der Leistungserbringung beziehen. Alternativangebote sind als solche zu kennzeichnen und in einer eigenen Ausarbeitung zu übermitteln. Für jedes Alternativangebot, auch wenn es sich nur auf Teile der Gesamtleistung bezieht, ist vom Bieter je ein Gesamt-Alternativangebotspreis zu bilden.

(5) Abänderungsangebote haben die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen. Die Gleichwertigkeit ist vom Bieter nachzuweisen. Abänderungsangebote können sich nur auf technische Aspekte von Teilen der Leistung beziehen. Abänderungsangebote sind als solche zu kennzeichnen. Für jedes Abänderungsangebot ist vom Bieter je ein Gesamt-Abänderungsangebotspreis zu bilden.

(6) Ist aus Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung erforderlich, so hat er dies umgehend dem öffentlichen Auftraggeber mitzuteilen. Der öffentliche Auftraggeber hat erforderlichenfalls eine Berichtigung gemäß § 101 durchzuführen.

(7) Erfolgt ausnahmsweise gemäß § 106 Abs. 5 und 6 die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz „oder gleichwertig“, so kann der Bieter in frei befüllbaren Feldern (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben. Die Gleichwertigkeit ist vom Bieter nachzuweisen. Die in der Ausschreibung als Beispiele genannten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die frei befüllbaren Felder des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in der Ausschreibung angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einer zu seinem Angebot gesonderten Erklärung erklärt hat.

(8) Während der Angebotsfrist kann der Bieter durch eine zusätzliche Erklärung sein Angebot ändern, ergänzen oder von demselben zurücktreten. Ergibt sich bei der Angebotsänderung oder -ergänzung ein neuer Gesamtpreis, ist auch dieser anzugeben. Die Angebotsänderung oder -ergänzung ist nach den für Angebote geltenden Vorschriften dem öffentlichen Auftraggeber zu übermitteln und von diesem wie ein Angebot zu behandeln. Der Rücktritt ist dem öffentlichen Auftraggeber bekannt zu geben.

...

#### Vorgehen bei der Prüfung

§ 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. nach Maßgabe der §§ 80 bis 87 die Eignung des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer hinsichtlich des diese betreffenden Auftragsteiles;
3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. die Angemessenheit der Preise;
5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

...

#### 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.

(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.

(3) Ergeben sich bei der Prüfung der Eignung von Subunternehmern, die für den Nachweis der Eignung des Bieters nicht erforderlich sind, Mängel, die nicht durch eine Aufklärung gemäß Abs. 1 und 2 behoben werden können, so hat der öffentliche Auftraggeber den betreffenden Subunternehmer abzulehnen.

(4) Weist ein Angebot solche Mängel auf, dass eine Bearbeitung nicht zumutbar ist, so ist es auszuschneiden.

(5) Stellt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung fest, dass die angebotenen Preise

nicht angemessen sind, so hat er vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Der öffentliche Auftraggeber darf das Angebot nur ausscheiden, wenn trotz des Vorbringens des Bieters die Preise für den öffentlichen Auftraggeber nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Er hat das Angebot jedenfalls auszuschneiden, wenn die Prüfung ergibt, dass der Bieter die in § 93 genannten Bestimmungen nicht berücksichtigt hat. Die Prüfung hat unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens des Bieters zu erfolgen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind in die Dokumentation der Prüfung der Angebote aufzunehmen.

(6) Stellt der öffentliche Auftraggeber bei einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich fest, dass ein Angebotspreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig ist, weil der betreffende Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so darf er das Angebot allein aus diesem Grund nur dann ausscheiden, wenn der Bieter nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber nicht innerhalb einer vom öffentlichen Auftraggeber festgesetzten angemessenen Frist nachweisen kann, dass die betreffende Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar war. Sofern der öffentliche Auftraggeber aus diesem Grund ein Angebot ausscheidet, hat er dies der Kommission bekannt zu geben.

(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.

...

#### 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. Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 25 auszuschließen sind, oder
2. Angebote von Bietern, deren Eignung nicht gegeben ist, oder
3. Angebote, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen, oder
4. Angebote, bei denen der Bieter keine Preise angibt, sondern nur erklärt, das billigste Angebot um einen bestimmten Prozentsatz oder Wert zu unterbieten, oder
5. Angebote, bei de

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)