

TE Verg Bescheid 2013/7/4 N/0037-BVA/09/2013-45

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.07.2013

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §131 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

B-VG Art14b Abs2 Z1

ABGB §914f

ÖNORM B2061

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 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 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "A10 Tauern Autobahn Umweltentlastungsmaßnahme EH Zederhaus, Bauleistungen UEM EH Zederhaus" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft ASFINAG, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 13. Mai 2013, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 14. Mai 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "A10 Tauern Autobahn Umweltentlastungsmaßnahme EH Zederhaus, Bauleistungen UEM EH Zederhaus" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft ASFINAG, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 13. Mai 2013, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 14. Mai 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft, vertreten durch die vergebende Stelle: ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, im Vergabeverfahren "A10 Tauernautobahn UEM EH Zederhaus, AB-km 92,200 - AB 95,500 Bauleistungen UEM EH Zederhaus" vom 30.4.2013, wonach der Zuschlag der B***, erteilt werden soll, für nichtig erklären", wird zurückgewiesen. Der Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft, vertreten durch die vergebende Stelle: ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, im Vergabeverfahren "A10 Tauernautobahn UEM EH Zederhaus, AB-km 92,200 - Ausschussbericht 95,500 Bauleistungen UEM EH Zederhaus" vom 30.4.2013, wonach der Zuschlag der B***, erteilt werden soll, für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 129 Abs 1 Z 7, 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 7, 312, Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft, vertreten durch die vergebende Stelle:

ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, auftragen, der Antragstellerin die Kosten (Pauschalgebühr) für den Nachprüfungsantrag und die einstweilige Verfügung zu ersetzen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

Mit Schriftsatz vom 13. Mai 2013 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor wie folgt:

Mit Schreiben vom 30. April 2013, der Antragstellerin zugestellt per Telefax am 2. Mai 2013, habe der Auftraggeber bekannt gegeben, dass der Zuschlag an die B*** erteilt werden solle.

Die Antragstellerin habe zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Ihr Interesse am Vertragsabschluss sei damit evident.

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in folgenden Rechten verletzt:

- -Strichaufzählung
in ihrem Recht auf Bekanntgabe einer nachvollziehbaren Begründung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG, in ihrem Recht auf Bekanntgabe einer nachvollziehbaren Begründung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG,
- -Strichaufzählung
in ihrem Recht auf rechtskonforme Durchführung des Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes,
- -Strichaufzählung
in ihrem Recht auf eine sachlich nachvollziehbare Bestbieterermittlung, und zwar insbesondere durch Nichtberücksichtigung von Angeboten mit unplausibler Preisgestaltung oder ohne ausreichenden Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters,
- -Strichaufzählung
in ihrem Recht auf Gleichbehandlung der Bieter auf Grundlage der Vorgaben in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen,

in ihrem Recht auf Ausscheiden von Angeboten, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen und von Angeboten mit spekulativer oder nicht nachvollziehbarer Preisgestaltung,

- -Strichaufzählung
in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung an sie als den "richtigen" Bestbieter, sowie letztlich auch
- -Strichaufzählung
in ihrem Recht auf klare und nachvollziehbare Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung, wozu nötigenfalls zur Überprüfung auffälliger Einheitspreise auch die Beiziehung eines Sachverständigen gehöre.

Die Angebotsöffnung am 12. März 2013 habe ergeben, dass die B*** das billigste Angebot gelegt habe. Deren Hauptangebot habe eine Angebotssumme von Euro XXXX aufgewiesen. Das zweitbilligste Hauptangebot stamme von der Antragstellerin mit einer Nettoangebotssumme von Euro XXXX. Billiger als das Hauptangebot der Antragstellerin seien drei Alternativangebote, wovon offenbar zumindest ein Alternativangebot ausgeschieden worden sei. Die Angebotsöffnung am 12. März 2013 habe ergeben, dass die B*** das billigste Angebot gelegt habe. Deren Hauptangebot habe eine Angebotssumme von Euro römisch 40 aufgewiesen. Das zweitbilligste Hauptangebot stamme von der Antragstellerin mit einer Nettoangebotssumme von Euro römisch 40. Billiger als das Hauptangebot der Antragstellerin seien drei Alternativangebote, wovon offenbar zumindest ein Alternativangebot ausgeschieden worden sei.

Der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 30. April 2013 lasse sich entnehmen, dass das Angebot der Antragstellerin an vierter Stelle gereiht sei. Welches der Alternativangebote ausgeschieden worden sei und welche zwei Angebote daher noch vor dem Angebot der Antragstellerin gereiht worden seien, sei der Zuschlagsentscheidung nicht zu entnehmen. § 131 BVergG sehe zwar ausdrücklich nur die Verpflichtung zur Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes vor. Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung sei aber, dass einem nicht zum Zuge gekommenen Bieter bereits zu Beginn der Stillhaltefrist all jene Informationen gegeben würden, welche er benötige, um überprüfen zu können, ob ein Nachprüfungsantrag sinnvoll sei. Im Verhältnis zum präsumtiven Zuschlagsempfänger sei für die Antragstellerin klar, dass der Preis das einzige entscheidende Kriterium gewesen sei. Welche Alternativangebote jedoch vor dem Angebot der Antragstellerin gereiht worden seien, sei für diese nicht erkennbar. Das mache "das Ganze" für die Antragstellerin intransparent. Das Vorenthalten der betreffenden

Informationen stelle einen Verstoß gegen das BVergG dar, der auch wesentlich sei. Der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 30. April 2013 lasse sich entnehmen, dass das Angebot der Antragstellerin an vierter Stelle gereiht sei. Welches der Alternativangebote ausgeschieden worden sei und welche zwei Angebote daher noch vor dem Angebot der Antragstellerin gereiht worden seien, sei der Zuschlagsentscheidung nicht zu entnehmen. Paragraph 131, BVergG sehe zwar ausdrücklich nur die Verpflichtung zur Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes vor. Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung sei aber, dass einem nicht zum Zuge gekommenen Bieter bereits zu Beginn der Stillhaltefrist all jene Informationen gegeben würden, welche er benötige, um überprüfen zu können, ob ein Nachprüfungsantrag sinnvoll sei. Im Verhältnis zum präsumtiven Zuschlagsempfänger sei für die Antragstellerin klar, dass der Preis das einzige entscheidende Kriterium gewesen sei. Welche Alternativangebote jedoch vor dem Angebot der Antragstellerin gereiht worden seien, sei für diese nicht erkennbar. Das mache "das Ganze" für die Antragstellerin intransparent. Das Vorenthalten der betreffenden Informationen stelle einen Verstoß gegen das BVergG dar, der auch wesentlich sei.

Der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Preis liege um 15% unter dem von der Antragstellerin angebotenen Preis und um 16% unter dem vom Auftraggeber angenommenen Auftragswert. Die Antragstellerin sei der Überzeugung, dass dieser Preis nur auf eine unplausible und spekulative Preisgestaltung zurückgeführt werden könne. Bei richtiger Beurteilung wäre das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers daher auszuschneiden gewesen. Dies wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe einen Unterpreis angeboten. Der Auftraggeber wäre verpflichtet gewesen, zu überprüfen, ob der auffällig niedrige Preis betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sei. Hätte der Auftraggeber dieser Verpflichtung entsprochen und allenfalls auch Sachverständige beigezogen, hätte er erkannt, dass ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu diesem Preis nicht erbringen könne.

Angebote mit einem unplausiblen Gesamtpreis oder mit unplausiblen Einheitspreisen seien auszuschneiden. Auszuschneiden seien auch Angebote, wenn einzelne Kostenansätze nachgefragter Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen umgelagert würden oder das Angebot sonstige spekulative Elemente aufweise.

Überdies hätte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch deshalb ausgeschieden werden müssen, da er den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht ausreichend erbracht habe. Der Antragstellerin seien Projekte des präsumtiven Zuschlagsempfängers in Bezug auf Stahl- und Kunstbauten im Infrastrukturbereich mit einer Nettosumme von mindestens Euro 3 Mio. nicht bekannt. Nachweise über die abgeschlossenen Leistungen hätten auch aufzuzeigen, dass diese Arbeiten den anerkannten Regeln der Technik entsprochen hätten und ordnungsgemäß durchgeführt worden seien. Diese Nachweise habe der präsumtive Zuschlagsempfänger nicht geführt.

Weiters gehe die Antragstellerin davon aus, dass die offenbar ihr vorgereichten zwei Alternativangebote entweder falsch bewertet worden seien oder mangels Gleichwertigkeit auszuschneiden gewesen wären. Wenn sowohl das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wie auch die der Antragstellerin vorgereichten Alternativangebote ausgeschieden würden, komme das Angebot der Antragstellerin zum Zug. Ihr Angebot habe daher jedenfalls eine Chance auf Erteilung des Zuschlages.

Mit Schriftsatz vom 15. Mai 2013 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Eine Widerrufsentscheidung sei demnach nicht ergangen, der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden.

Mit Schriftsatz vom 24. Mai 2013 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger, B***, vertreten durch Y***, begründete Einwendungen und brachte im Wesentlichen vor, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation mangle. Die Antragstellerin sei nach der Zuschlagsentscheidung an aussichtsloser vierter Stelle gereiht und habe selbst bei Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung keine Chance, den Zuschlag zu erhalten.

Da das Angebot der Antragstellerin an aussichtsloser vierter Stelle gereiht sei, könne ihr im gegenständlichen Vergabeverfahren auch kein Schaden entstehen. Den Vergabekontrollbehörden entsprechend - bestätigt auch durch VwGH- Judikatur - sei aus diesem Grunde ihre Antragslegitimation zu verneinen und der Nachprüfungsantrag ohne weitere Prüfung zurückzuweisen.

Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung entspreche exakt den inhaltlichen Vorgaben des § 131 BVergG. Das Gesetz spreche nicht davon, dass der Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung die Merkmale und Vorteile aller vorgereichten Angebote mitzuteilen hätte. Ein Recht, die Information zu anderen Angeboten zu erhalten, sei im Gesetz

nicht festgelegt. Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung entspreche exakt den inhaltlichen Vorgaben des Paragraph 131, BVergG. Das Gesetz spreche nicht davon, dass der Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung die Merkmale und Vorteile aller vorgereichten Angebote mitzuteilen hätte. Ein Recht, die Information zu anderen Angeboten zu erhalten, sei im Gesetz nicht festgelegt.

Weiters unterstelle die Antragstellerin dem präsumtiven Zuschlagsempfänger eine unplausible und spekulative Preisgestaltung. Diese Behauptung gründe sich lediglich auf den günstigen Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers im Verhältnis zu den übrigen Bietern. Dabei übersehe die Antragstellerin, dass das Anbieten günstiger Angebotspreise vergaberechtlich zulässig sei, insbesondere dann, wenn sich ein Anbieter zu einem bestehenden Markt Zutritt verschaffen und sich dort etablieren wolle.

Weiters mutmaße die Antragstellerin, dass es dem präsumtiven Zuschlagsempfänger an der technischen Leistungsfähigkeit fehle, da ihr (der Antragstellerin) die geforderten Referenzprojekte nicht bekannt seien. Auch dieser Behauptung fehle jegliche Grundlage. Die technische Leistungsfähigkeit sei im Zuge der Angebotsprüfung nachgewiesen und von den jeweiligen Auftraggebern auch bestätigt worden.

Schließlich werfe die Antragstellerin - ebenfalls ohne Anhaltspunkte hierfür - dem Auftraggeber die Nichtdurchführung einer vergaberechtskonformen Preisprüfung vor. Auch diese Behauptung sei unsubstantiiert und unrichtig. Der Auftraggeber habe eine vertiefte Preisprüfung durch Sachverständige durchgeführt. Ergebnis dieser detaillierten Prüfung sei die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Angebotspreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers gewesen.

Mit Schriftsatz vom 27. Mai 2013 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme und brachte vor, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unbegründet sei. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei die Zuschlagsentscheidung ausreichend begründet. Wie bereits dem Wortlaut des § 131 Abs 1 BVergG zu entnehmen sei, seien die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes anzugeben. Angaben zu anderen Angeboten seien darin jedoch nicht zu erstatten. Welche Angebote aus welchen Gründen ausgeschieden worden seien, sei nicht zwingend anzugeben. Überdies habe die Zuschlagsentscheidung auch über die Mindestanforderungen des BVergG hinausgehende Informationen enthalten (Reihung der Antragstellerin). Der Inhalt der Zuschlagsentscheidung habe die Antragstellerin in die Lage versetzt, einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Mit Schriftsatz vom 27. Mai 2013 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme und brachte vor, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unbegründet sei. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei die Zuschlagsentscheidung ausreichend begründet. Wie bereits dem Wortlaut des Paragraph 131, Absatz eins, BVergG zu entnehmen sei, seien die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes anzugeben. Angaben zu anderen Angeboten seien darin jedoch nicht zu erstatten. Welche Angebote aus welchen Gründen ausgeschieden worden seien, sei nicht zwingend anzugeben. Überdies habe die Zuschlagsentscheidung auch über die Mindestanforderungen des BVergG hinausgehende Informationen enthalten (Reihung der Antragstellerin). Der Inhalt der Zuschlagsentscheidung habe die Antragstellerin in die Lage versetzt, einen Nachprüfungsantrag zu stellen.

Die Antragstellerin bringe weiters vor, dass sie überzeugt sei, dass die vor ihr gereichten Alternativangebote auszuschneiden seien. Dies, da diese angeblich falsch bewertet worden seien bzw. keine Gleichwertigkeit gegeben sei. Eine nähere Begründung, worauf sich diese Überzeugung gründe, bleibe die Antragstellerin jedoch schuldig.

Da somit das Angebot der Antragstellerin jedenfalls hinter einem ausschreibungskonformen Alternativangebot liege, komme sie für den Zuschlag nicht in Betracht. Die Antragstellerin habe daher nicht einmal potentiell einen Schaden, denn selbst wenn die Zuschlagsentscheidung zu Unrecht den Bestbieter begünstigen würde, würde die vor der Antragstellerin zu reihende Alternative zum Zug kommen. Der Nachprüfungsantrag sei daher bereits aus diesem Grund zurück- bzw. abzuweisen.

Die Antragstellerin behaupte weiter, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger nicht über die geforderten Referenzen verfüge. Dies treffe nicht zu. Bei einem der angebotenen Referenzprojekte handle es sich um eine ASFINAG-Referenz, bei der der Auftraggeber sehr genau prüfen habe können, ob die Angaben der Antragstellerin zutreffend seien. Auch bei der zweiten Referenz seien sämtliche Vorgaben erfüllt worden. Die diesbezügliche Behauptung der Antragstellerin gehe ins Leere. Die Eignung des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei gegeben.

Die Antragstellerin bringe weiters vor, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers mangels Preisangemessenheit auszuschneiden sei. Auch werde angezweifelt, dass eine vollständige (gesetzeskonforme und

sachkundige) vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen worden sei.

Da dem Auftraggeber der Gesamtpreis zunächst ungewöhnlich niedrig erschienen sei, habe er eine vertiefte Angebotsprüfung beim präsumtiven Zuschlagsempfänger durchgeführt. Die vertiefte Angebotsprüfung sei nach den Vorgaben und Richtlinien der ASFINAG und dem BVerG erfolgt. Sie sei durch sachkundige externe Prüfer (ÖBA) und interne Prüfer (Fachbereich Bauwirtschaft) durchgeführt worden. Insbesondere sei das Angebot dahingehend geprüft worden, ob die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien.

Die Überprüfung des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers anhand der Prüfschritte habe ergeben, dass die Preise betriebswirtschaftlich erklärbar und angemessen seien. Zusammenfassend habe die vertiefte Prüfung der Angebotspreise ergeben, dass die Preise zwar durchgängig in allen Positionen sehr günstig seien, jedoch im Vergleich mit den Mitbewerbern als wirtschaftlich nachvollziehbar und als plausibel einzustufen seien.

Mit Schriftsatz vom 31.5.2013, beim BVA eingelangt am 3.6.2013, erstattete die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass sie bereits ausdrücklich dargelegt habe, dass alle vor ihr gereihten Angebote auszuschneiden gewesen wären, sodass ihr durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden entstehen würde. Der Antragstellerin komme somit Antragslegitimation zu.

Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei aus zwei Gründen auszuschneiden:

1. 1.Ziffer eins
kein Nachweis der Referenzprojekte
2. 2.Ziffer 2
unplausible Preisgestaltung

Die Ausführungen hiezu werden mangels Entscheidungsrelevanz nicht abgedruckt.

Zur Begründungstiefe der Zuschlagsentscheidung:

Die Antragstellerin hätte aus der Zuschlagsentscheidung erfahren müssen, welche Angebote vor ihr gereiht worden seien, da sie nur dann über die Sinnhaftigkeit eines Nachprüfungsantrags entscheiden könne. Diese Information sei der Antragstellerin jedoch erst durch die Stellungnahme des Auftraggebers im anhängigen Nachprüfungsverfahren gegeben worden.

Mit Schriftsatz vom 7. Juni 2013 erstattete der Auftraggeber eine weitere Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass der präsumtive Bestbieter in seinem Angebot zwei Referenzprojekte vorgelegt habe. Bei beiden werde das in der Ausschreibung definierte Kriterium "Stahlbeton- Kunstbauten im Bereich Infrastruktur mit einem Auftragsvolumen von mindestens netto Euro 3 Mio" eingehalten. Unrichtig seien daher die Ausführungen der Antragstellerin, wonach die Referenzen einen Stahlbetonanteil von mindestens Euro 3 Mio. netto aufweisen müssten. Aufgrund des Vorbringens der Antragstellerin habe der Auftraggeber die Referenzen neuerlich überprüft. Die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegten Referenzen würden die Festlegungen der Ausschreibung erfüllen und der präsumtive Zuschlagsempfänger über die notwendige technische Leistungsfähigkeit verfügen.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass die vorgereihten Alternativangebote auszuschneiden seien, treffe nicht zu.

Mit Schriftsatz vom 7. Juni 2013 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger eine weitere Stellungnahme. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Reihung der Angebote eine Frage der Antragslegitimation sei und zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrags führe, oder eine inhaltliche Frage darstelle, die die Abweisung des Nachprüfungsantrags nach sich ziehe. Es werde im Nachprüfungsverfahren aber jedenfalls zu klären sein, ob die Antragstellerin eine echte Chance auf den Zuschlag habe. Einem Nachprüfungsantrag könne nicht stattgegeben werden, wenn sich ergebe, dass der Bieter keine Chance auf Zuschlagserteilung habe. Dies ergebe sich auch daraus, dass selbst im Fall einer Rechtsverletzung mangels echter Chance des Antragstellers auf Zuschlag diese Rechtsverletzung infolge der Nachreihung des Antragstellers für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht von wesentlicher Bedeutung sei. Zweck des Nachprüfungsverfahrens sei die Durchsetzung der subjektiven Rechte des Antragstellers und nicht eine amtswegige Sicherstellung der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens. Populäransprüche seien damit ausgeschlossen. Es sei daher im Nachprüfungsverfahren die Angebotsprüfung des Auftraggebers auch im Hinblick auf die Chance der Antragstellerin auf den Zuschlag im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte zu überprüfen.

Seine technische Leistungsfähigkeit sei jedenfalls gegeben.

Ein bloßer Preisvergleich sei kein Beweis der unplausiblen Preisgestaltung eines Mitbewerbers, da andernfalls jeder Wettbewerb unmöglich wäre. Weiters gebe es im BVerfG keinen "Unterpreis". Günstige Angebotspreise seien vergaberechtlich zulässig.

Mit Schriftsatz vom 10. Juni 2013, beim BVA eingelangt am 11. Juni 2013, erstattete der Auftraggeber eine weitere Stellungnahme und führte zum "Vorhalt" des BVA Folgendes aus:

Zum behaupteten Rechenfehler:

Vorab sei festzuhalten, dass es sich um keine Rechenfehler iSd Vergaberechts handle, sondern um einen angeblichen Fehler in der Kalkulation, also einen Kalkulationsirrtum. Diesen angeblichen Fehler habe der präsumtive Zuschlagsempfänger ohne Aufforderung durch den Auftraggeber mitgeteilt.

Zur Auskömmlichkeit der Preise:

Aufgrund der Angebotsprüfung (vertieften Angebotsprüfung und Aufklärung) könne nachvollzogen werden, dass die Leistung zu den angebotenen Preisen erbracht werden könne. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass eines der Angebote noch einen niedrigeren Einheitspreis als jenen des präsumtiven Zuschlagsempfängers aufweise.

Das Angebot sei vertieft, insbesondere auch im Hinblick auf das Vorliegen spekulativer Preise geprüft worden. Die ausgewiesenen Kalkulationsannahmen seien realistisch und auch bauwirtschaftlich nachvollziehbar. Eine Unterdeckung sei nicht zu erkennen. Auch eine Umlagerung unter den Positionspreisen sei nicht zu erkennen gewesen. Sämtliche Bestimmungen und Vorgaben der ÖNORM B2061 seien eingehalten worden. Auch insbesondere die Sensitivitätsanalysen würden die Stabilität des Angebotes zeigen und belegen, dass die Angebotspreise nicht spekulativ seien.

Mit Schriftsatz vom 10. Juni 2013 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger eine weitere Stellungnahme und brachte vor, dass es sich bei dem "softwarebedingten Rechenfehler" im juristischen Sinn nicht um einen Rechenfehler, sondern um einen Fehler in der Kalkulation handle. Diesen habe der Bieter selbst zu tragen, da er seiner Sphäre zuzurechnen sei. Jeder Geschäftspartner trage das Risiko einer richtigen Kalkulation, also der Berechnung seiner Leistungs- oder Gegenleistungskosten, selbst.

Einen solchen Fehler werde man als entschuldbare Fehlleistung qualifizieren können. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe im Verfahren auch nicht zum Ausdruck gebracht, dass er nicht zu seinem ursprünglichen Angebotspreis stehe. Das Gegenteil sei der Fall. Im Begleitschreiben zum Fragenkatalog vom 22.4.2013 habe der präsumtive Zuschlagsempfänger auch ausdrücklich seine Leistungsbereitschaft zum Ausdruck gebracht. Er stehe zu seinem Angebotspreis.

Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers werde durch den Kalkulationsfehler auch nicht zu einem spekulativen Angebot. Als spekulative Angebote würden jene Angebote bezeichnet, die auf Gewinne aus zukünftigen Veränderungen der ausgeschriebenen Mengen oder der sonstigen Vertragsgrundlagen abzielen würden.

Der Gesamtpreis sei ungeachtet des Fehlers und der generell günstigen Preise insgesamt immer noch betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Der Fehler betrage XXX% des Gesamtpreises des Angebotes und werde über den Deckungsbeitrag abgedeckt. Berücksichtige man weiters, dass diese Summe in Bezug auf den Jahresumsatz lediglich 0,XX% und umgelegt auf die vierjährige Bauzeit nur 0,XX% des Umsatzes ausmache, so zeige sich, dass dieser Fehlbetrag keinerlei wirtschaftliche Relevanz auf den Gesamtdeckungsbeitrag habe. Auch dürfe die Tatsache, dass der Auftrag ein wichtiges Referenzprojekt sei, um sich Zutritt in einen bestehenden Markt zu verschaffen, nicht außer Acht gelassen werden. Weiters sei zu beachten, dass noch so minutiös ausgefüllte K7- Blätter nicht die echten Kosten des Unternehmers wiedergeben würden, sondern lediglich die Kalkulationsansätze seien, die er beim jeweiligen Auftrag anzuwenden gedenke.

Am 11. Juni 2013 fand eine mündliche Verhandlung statt. Im Folgenden die Ergebnisse soweit entscheidungsrelevant:

Anm: Die detaillierten Ausführungen bzw Ergebnisse zu den Themenbereichen technische Leistungsfähigkeit und Preisplausibilität sind der (nicht anonymisierten) Verhandlungsschrift OZ 35 zu entnehmen. Anmerkung, Die detaillierten Ausführungen bzw Ergebnisse zu den Themenbereichen technische Leistungsfähigkeit und Preisplausibilität sind der (nicht anonymisierten) Verhandlungsschrift OZ 35 zu entnehmen.

M*** (GF der Antragstellerin): Es sei zweifelhaft, ob der präsuntive Zuschlagsempfänger entsprechende Lohnzuschläge für die Tauernautobahn einkalkuliert habe.

O*** (Auftraggeber) erläuterte, dass wie M*** gerade ausführt habe, es für die Tauernautobahn einen Zusatzkollektivvertrag gebe. Er habe hiezu zwei Fragen:

1. 1.Ziffer eins

In welcher Form und wo wurde der Zusatzkollektivvertrag bei der Antragstellerin im K3- Blatt kalkuliert?

1. 2.Ziffer 2

Welchen Kollektivvertrag, insbesondere welches Gültigkeitsdatum, habe Sie ihren Lohnkalkulationen zugrunde gelegt?

M*** (Antragstellerin) führte aus, dass ihm nach seiner Rückfrage diesbezüglich von seinen Mitarbeitern mitgeteilt worden sei, dass "alle diese Sachen berücksichtigt worden seien".

RA Y*** (präsuntiver Zuschlagsempfänger) bringt in diesem Zusammenhang vor, dass aufgrund der Fragestellung des Auftraggebers nunmehr die Vermutung nahe liege, dass die Antragstellerin die arbeits- u. sozialrechtlichen Vorschriften die bei der gegenständlichen Ausschreibung einzuhalten seien, nicht eingehalten habe. Das Angebot der Antragstellerin sei daher nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. Einem auszuscheidenden Angebot, auch wenn es vom Auftraggeber nicht ausgeschieden wurde, fehle es an der Antragslegitimation. Die Antragslegitimation werde daher auch aus diesem Grund in Zweifel gezogen und sei nicht gegeben. RA Y*** (präsuntiver Zuschlagsempfänger) bringt in diesem Zusammenhang vor, dass aufgrund der Fragestellung des Auftraggebers nunmehr die Vermutung nahe liege, dass die Antragstellerin die arbeits- u. sozialrechtlichen Vorschriften die bei der gegenständlichen Ausschreibung einzuhalten seien, nicht eingehalten habe. Das Angebot der Antragstellerin sei daher nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden. Einem auszuscheidenden Angebot, auch wenn es vom Auftraggeber nicht ausgeschieden wurde, fehle es an der Antragslegitimation. Die Antragslegitimation werde daher auch aus diesem Grund in Zweifel gezogen und sei nicht gegeben.

O*** (Auftraggeber) bringt vor, dass die Antragstellerin in zwei von drei K3- Blättern, nämlich jenen des Tunnelbaues und des Betonbaues, einen veralteten Kollektivvertrag angesetzt habe. In diesen zwei genannten K3-Blättern wurde - wie von der der Antragstellerin in den K3- Blättern selbst angeführt - der Kollektivvertrag vom 1.5.2011 verwendet. Im dritten K3- Blatt, dem K3- Blatt des Verkehrswegebau, hat die Antragstellerin den richtigen, zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe gültigen KV (1.5.2012) verwendet. Das sei nicht nur ein Schreibfehler, sondern ziehe sich durch sämtliche Lohnkalkulationsbestandteile dieser beiden K3- Blätter. So wird z.B. für die KV- Gruppe 2B einmal der alte Wert mit Euro 12,0/h und im anderen K3- Blatt richterweise mit Euro 12,5/h angesetzt. Folglich seien zumindest 60% des Lohns nicht gemäß den derzeit gültigen arbeits- u. sozialrechtlichen Bestimmungen kalkuliert. Dies ist mir erst heute aufgefallen. Zulagen aus Zusatzkollektivverträgen würden sich in allen drei vorgelegten K3- Blättern der Antragstellerin in der dafür vorgesehenen Zeile nicht finden.

Ing. M*** erklärte über Befragen, dass er ad hoc zu diesen überraschenden Vorwürfen nicht im Detail Auskunft geben könne.

RA X*** (Antragstellerin) beantragte im Hinblick darauf, dass das nunmehrige Vorbringen der Auftraggeberin für die Antragstellerin vollkommen überraschend sei, die Einräumung einer Frist für eine schriftlichen Stellungnahme. Diese Themen seien weder im Zuge der Aufklärungsgespräche mit der Antragstellerin thematisiert worden, noch in den Stellungnahmen des Auftraggebers im Zuge des Nachprüfungsverfahrens. In diesem Nachprüfungsverfahren ist es auch nicht Aufgabe des erkennenden Senats, die Angebotsprüfung des Auftraggebers nachzuholen. Das Angebot der Antragstellerin verletze keine arbeits- oder kollektivvertraglichen Vorschriften. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht auszuscheiden und deren Antragslegitimation sei gegeben.

P*** (Auftraggeber) repliziert hierauf, dass es sich hiebei um einen evidenten Angebotsmangel handle, der sich unmittelbar aus dem Akt ergebe. Desweiteren bedürfe es keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung, um einen solchen Mangel festzustellen. Dieser Mangel sei ein unbehebbarer Mangel. Dieser wäre daher auch im Zuge einer Aufklärung weder aufklär- noch verbesserbar. Das Angebot der Antragstellerin wäre daher auszuscheiden und die Antragslegitimation auch aus diesem Grund zu verneinen.

Im Sinne der Verwaltungsgerichtshofjudikatur wird die Antragstellerin vom Vorsitzenden darauf hingewiesen, dass,

falls das Vorbringen des Auftraggebers zu den arbeits- u. sozialrechtlichen Vorschriften begründet sein sollte, dies ein Ausscheiden ihres Angebotes zur Folge haben würde. Die Antragstellerin wird ersucht, innerhalb von 10 Tagen eine schriftliche Stellungnahme zum Vorbringen der Ausschreibungswidrigkeit ihres Angebotes vorzunehmen.

Mit Schriftsatz vom 20. Juni 2013 erstattete die Antragstellerin eine Stellungnahme zum Vorhalt und legte weiters eine gutachterliche Stellungnahme von Q*** vor.

In ihrer Stellungnahme führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass es richtig sei, dass auf zwei K3- Blättern versehentlich vom Kollektivvertrag (KV) vom 1.5.2011 statt vom KV vom 1.5.2012 ausgegangen worden sei. Die Antragstellerin sei jedoch beim Tunnelbau von einem Mittellohn von Euro XXX und beim Betonbau von einem Mittellohn von Euro XXX ausgegangen. Ungeachtet der versehentlich falsch gewählten Ansätze sei der Mittellohnpreis so gewählt worden, dass alle arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften eingehalten würden. Die Höhe des jeweiligen Mittellohn- Preises sei retrograd berechnet worden, sodass sich trotz des Anführens des falschen Kollektivvertrages am Ergebnis - nämlich der Höhe des Mittellohnpreises - nichts ändere. Demgemäß liege auch kein Kalkulationsfehler, sondern nur ein Darstellungsfehler vor. Die Behebung desselben verändere die Wettbewerbssituation der Antragstellerin nicht. Dies, da sich am Ergebnis nichts ändere. In ihrer Stellungnahme führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass es richtig sei, dass auf zwei K3- Blättern versehentlich vom Kollektivvertrag (KV) vom 1.5.2011 statt vom KV vom 1.5.2012 ausgegangen worden sei. Die Antragstellerin sei jedoch beim Tunnelbau von einem Mittellohn von Euro römisch 30 und beim Betonbau von einem Mittellohn von Euro römisch 30 ausgegangen. Ungeachtet der versehentlich falsch gewählten Ansätze sei der Mittellohnpreis so gewählt worden, dass alle arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften eingehalten würden. Die Höhe des jeweiligen Mittellohn- Preises sei retrograd berechnet worden, sodass sich trotz des Anführens des falschen Kollektivvertrages am Ergebnis - nämlich der Höhe des Mittellohnpreises - nichts ändere. Demgemäß liege auch kein Kalkulationsfehler, sondern nur ein Darstellungsfehler vor. Die Behebung desselben verändere die Wettbewerbssituation der Antragstellerin nicht. Dies, da sich am Ergebnis nichts ändere.

Dem Gutachten des Sachverständigen sei zu entnehmen, dass der Mittellohn - Preis von Euro XXX bzw. XXX ausreiche, um alle Mindest- und Kollektivlöhne samt allen Zulagen und samt allen Sozialabgaben zu bezahlen. Mit diesem Betrag könnten alle arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Dem Gutachten des Sachverständigen sei zu entnehmen, dass der Mittellohn - Preis von Euro römisch 30 bzw. römisch 30 ausreiche, um alle Mindest- und Kollektivlöhne samt allen Zulagen und samt allen Sozialabgaben zu bezahlen. Mit diesem Betrag könnten alle arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften eingehalten werden.

Der Zuschlag für Wagnis decke letztlich auch genau solche leistungsbezogene Wagnisse, wie zB das Kalkulationswagnis, ab. Weiters könne der Kalkulationsfehler auch zu Lasten des kalkulierten Gewinnes gehen.

Hätte der Auftraggeber der Antragstellerin die beiden unrichtig ausgefüllten K3- Blätter im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung vorgehalten, hätte diese eine entsprechende Aufklärung geben können und allenfalls auch berichtigen können. Ein Wettbewerbsvorteil wäre damit nicht verbunden gewesen. Bei den beiden versehentlich falsch ausgefüllten K3- Blättern handle es sich - wenn überhaupt - daher um einen behebbaren Mangel.

Die Antragstellerin halte sämtliche gesetzlichen Vorgaben ein. Weder liege ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor noch ergebe sich ein unplausibler Gesamtpreis.

Die Angebote müssten so sein, dass der Kollektivvertrag eingehalten werde bzw. eingehalten werden könne. Nur wenn dies nicht der Fall sei, würde das Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen. Wenn im K3- Blatt versehentlich ein veralteter Kollektivvertrag herangezogen werde, sich jedoch durch Zuschläge und sonstigen Positionen letztlich ein Betrag ergebe, der zeige, dass der der Kalkulation tatsächlich zugrunde gelegte Bruttomittellohnpreis die Einhaltung der arbeitsrechtlichen und kollektivvertraglichen Bestimmungen ermögliche, widerspreche das Angebot nicht den Ausschreibungsbestimmungen. Bei der Kalkulation werde dann nämlich immer noch und trotz des zunächst gewählten falschen Ansatzes der Kollektivvertrag eingehalten.

Gerade die Tatsache, dass die Antragstellerin in einem anderen K3- Blatt den richtigen Kollektivvertrag angesetzt habe, zeige, dass es sich um ein Versehen handle. Es liege kein Fall einer falschen Einstufung in einen Kollektivvertrag vor.

Grundsätzlich hätten die vorgelegten Urkunden der Antragstellerin sowohl der ÖNORM B2061 entsprochen als auch einen plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis ergeben. Da im Ergebnis auch die arbeits- und kollektivvertraglichen Vorschriften eingehalten worden seien, schade das Anführen des falschen Kollektivvertrages nicht.

Die Ausführungen zum Zusatz-KV für die Tauernautobahn wird mangels Entscheidungsrelevanz nicht abgedruckt.

Es lägen jedenfalls keine Ausscheidensgründe vor.

Gutachterliche Stellungnahme Q*** vom 20.6.2013:

Aufgrund der Heranziehung des Kollektivvertrages vom 1.5.2011 anstatt des KV vom 1.5.2012 in den K3-Blättern betreffend Tunnel bzw Betonbau ergebe sich im Angebot der Antragstellerin ein um 4,18% zu niedriger KV-Mittelohn.

Da es zwei mögliche Kalkulationsweisen zur Bestimmung des Mittelohnpreises gebe, nämlich die progressive und die retrograde Methode, sei zu untersuchen, ob ein Kalkulations- oder ein Darstellungsfehler vorliege.

Kalkulationsfehler seien vergaberechtlich nicht verpönt. Diese würden grundsätzlich keinen Fehler iSd § 129 Abs 1 Z 7 BVergG darstellen. Bei der Prüfung der Preise zähle letztlich nicht die "falsche" oder "richtige" Preisermittlung, sondern nur die Angemessenheit der Preise. Es komme also auf das Ergebnis der Preisermittlung an. Eine unplausible formale Darstellung eines an sich plausiblen Preises führe nicht zum Ausschluss des Angebotes gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG. Eine unplausible Darstellung bzw. Herleitung eines an sich plausiblen Kalkulationswertes sei gegebenenfalls vom Auftraggeber zu hinterfragen. Einer allfälligen Verbesserung stehe nicht im Wege, da sich dadurch der Bieter seine Stellung im Wettbewerb nicht verbessern könne. Diese verbessere nicht das Ergebnis, sondern lediglich den Weg, die Darstellung zum Ergebnis. Kalkulationsfehler seien vergaberechtlich nicht verpönt. Diese würden grundsätzlich keinen Fehler iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG darstellen. Bei der Prüfung der Preise zähle letztlich nicht die "falsche" oder "richtige" Preisermittlung, sondern nur die Angemessenheit der Preise. Es komme also auf das Ergebnis der Preisermittlung an. Eine unplausible formale Darstellung eines an sich plausiblen Preises führe nicht zum Ausschluss des Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG. Eine unplausible Darstellung bzw. Herleitung eines an sich plausiblen Kalkulationswertes sei gegebenenfalls vom Auftraggeber zu hinterfragen. Einer allfälligen Verbesserung stehe nicht im Wege, da sich dadurch der Bieter seine Stellung im Wettbewerb nicht verbessern könne. Diese verbessere nicht das Ergebnis, sondern lediglich den Weg, die Darstellung zum Ergebnis.

Aus sachverständiger Sicht würden die Einheitskosten, die in die Kalkulation eingeflossen seien, in einer sehr plausiblen Größenordnung liegen. Es bestehe kein Zweifel daran, dass alle kollektiv-, sozial- und arbeitsrechtlichen Bestimmungen kostenmäßig abgebildet worden seien.

Der Gutachter habe selbst in XXXX wie folgt ausgeführt Der Gutachter habe selbst in römisch 40 wie folgt ausgeführt:

Es bestehen zwei mögliche Kalkulationsschemen und zwar die progressive und die retrograde Kalkulation. Weil die Darstellung im K3-Blatt von der progressiven Kalkulation ausgeht, bei welcher ausgehend von Einzelansätzen und -werten der

Mittelohnpreis ermittelt wird,.....

Dem Kalkulanten sei der allgemeine Zielpreis, ermittelt aus der Kostenrechnung, bekannt. Es sei, ausgehend von nachkalkulierten Werten für die Tauernautobahn, auf die Besonderheiten der Baustelle und des wirtschaftlichen Umfeldes einzugehen um so den allgemeinen Zielpreis projektspezifisch anzupassen. Danach sei eine Rückrechnung erfolgt, die allein für die K3- Blatt-Darstellung benötigt würde. Einem Geschäftsfeld der Antragstellerin sei nun der Fehler unterlaufen, dass unrichtige Basiswerte Eingang gefunden hätten. Dies ändere allerdings am Ergebnis, nämlich der Höhe des Mittelohnpreises, nichts, da retrograd gerechnet worden sei. Es liege daher kein Kalkulationsfehler, sondern es liege - wenn überhaupt von einem Mangel gesprochen werden könne - ein behebbarer Mangel vor.

Wenn man von einem Fehler ausgehen wolle, so finde dieser im Wagnis und Gewinnansatz der Kostenart "Eigenlohn" bezogen auf den kalkulierten Wagniszuschlag aller Kostenarten jedenfalls genügend Deckung. Nach der ÖNORM B2061 diene der Wagniszuschlag auch der Abdeckung von leistungsbezogenen Wagnissen, wie zB des Kalkulationswagnisses. Aus dem Gewinn sei schließlich ein etwa ungedecktes Wagnis zu bestreiten.

Die Ausführungen zum Zusatz-KV für die Tauernautobahn wird mangels Entscheidungsrelevanz nicht abgedruckt.

Mit Schriftsatz vom 26. Juni 2013 erstattete der Auftraggeber eine weitere Stellungnahme. Wie die Antragstellerin

selbst zugestehen, sei von ihr bei zwei K3- Blättern versehentlich der Kollektivvertrag vom 1.5.2011 herangezogen worden. Da die Einhaltung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften gemäß § 84 BVergG in der Ausschreibung zwingend verlangt worden sei und die Antragstellerin in zwei von drei K3- Blättern von einem nicht mehr gültigen Kollektivvertrag ausgegangen sei, sei ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG zwingend auszuscheiden. Mit Schriftsatz vom 26. Juni 2013 erstattete der Auftraggeber eine weitere Stellungnahme. Wie die Antragstellerin selbst zugestehen, sei von ihr bei zwei K3- Blättern versehentlich der Kollektivvertrag vom 1.5.2011 herangezogen worden. Da die Einhaltung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften gemäß Paragraph 84, BVergG in der Ausschreibung zwingend verlangt worden sei und die Antragstellerin in zwei von drei K3- Blättern von einem nicht mehr gültigen Kollektivvertrag ausgegangen sei, sei ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zwingend auszuscheiden.

Daran könne auch die Berufung auf eine angebliche retrograde Kalkulationsweise der Antragstellerin nichts ändern. Die Antragstellerin bzw. Q*** würden argumentieren, dass seitens der Antragstellerin zuerst der sog. Mittellohn IS eines Zielpreises festgelegt worden sei. In weiterer Folge seien von diesem Zielpreis die einzelnen Lohnbestandteile im K3- Blatt "rückgerechnet" worden. In Summe seien durch den gewählten Mittellohn auch die kollektivvertraglichen Löhne mitumfasst. Diese Argumentation führe jedoch die Kalkulationsvorgaben der ÖNORM B2061, sowie die Kalkulation der geforderten K3- Blätter, ad absurdum. Wollte man der Argumentation der Antragstellerin folgen, wäre letztlich bloß der eingesetzte Mittellohnpreis verbindlich. Die einzelnen im K3- Blatt geforderten Lohnbestandteile wären diesfalls wohl irrelevant. Ein solches Ergebnis könne weder der ÖNORM B2061 noch den in der Ausschreibung geforderten K3- Blättern unterstellt werden.

In der Ausschreibung sei unter Pkt. B.1, Pkt. 1.1.11 "Erstellung der Preise" ausdrücklich festgelegt, dass die Kalkulation des Bieters der ÖNORM B 2061 zu entsprechen habe. Diese Vorgabe diene dazu, sicher zu stellen, dass bei Angeboten eine norm- und ordnungsgemäße Preisbildung zustande komme. Sämtliche Bestimmungen der ÖNORM B 2061 hinsichtlich Preisbildung und deren Aufgliederung seien bei der Angebotslegung zwingend einzuhalten. Die Bestimmungen der genannten ÖNORM würden eindeutig festlegen, wie und in welcher Form bzw. Reihenfolge die Lohnpreise zu bilden seien und wovon diese jeweils abhängig seien. Es sei daher in der Kalkulation nach der ÖNORM B 2061 als Basis von den kollektivvertraglichen Löhnen auszugehen. In den K3-Blättern der Antragstellerin seien bereits die "Ursprungswerte" der kollektivvertraglichen Löhne falsch (da auf Basis des geltenden KV zu niedrig). Folglich würden auch die weiteren Werte einen Mangel aufweisen.

Die von der Antragstellerin angeblich vorgenommene retrograde Kalkulation widerspreche daher klar der ÖNORM B 2061 und den Ausschreibungsbestimmungen (B.1 Pkt. 1.1.11 und B.1 Pkt. 1.1.21). Falls die Antragstellerin eine retrograde Kalkulation vorgenommen haben sollte, sei sie selbstverständlich jedoch nicht von der Verpflichtung der Einhaltung der Kalkulations- und Formvorschriften der ÖNORM B 2061 befreit. Die ÖNORM B 2061 iVm den Kalkulationsformblättern regle nicht nur die Preisbildung an sich, sondern auch deren Aufgliederung und Herleitung. Der Anteil der Lohnkosten, welche nicht den Grundlagen der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen entsprechen würden, würden in Summe bei ca. 77% der gesamten Lohnkosten liegen. Die von der Antragstellerin angeblich vorgenommene retrograde Kalkulation widerspreche daher klar der ÖNORM B 2061 und den Ausschreibungsbestimmungen (B.1 Pkt. 1.1.11 und B.1 Pkt. 1.1.21). Falls die Antragstellerin eine retrograde Kalkulation vorgenommen haben sollte, sei sie selbstverständlich jedoch nicht von der Verpflichtung der Einhaltung der Kalkulations- und Formvorschriften der ÖNORM B 2061 befreit. Die ÖNORM B 2061 in Verbindung mit den Kalkulationsformblättern regle nicht nur die Preisbildung an sich, sondern auch deren Aufgliederung und Herleitung. Der Anteil der Lohnkosten, welche nicht den Grundlagen der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen entsprechen würden, würden in Summe bei ca. 77% der gesamten Lohnkosten liegen.

Wie Q*** selbst zutreffend ausführe, sei die der ÖNORM B 2061 entsprechende Kalkulation des Mittellohnes jene, die er als progressive Kalkulation bezeichne. Auch Q*** gehe davon aus, dass auch bei einer retrograden Kalkulation die Kollektivvertragslöhne eine bindende Eingangsgröße für den Mittellohn seien. Daraus lasse sich unzweifelhaft ableiten, dass K3- Blätter, in denen die Höhe der KV- Löhne falsch (zu niedrig) angegeben seien, in evidenter Form den Kalkulationsvorgaben widerspreche. Beim gegenständlichen Angebot der Antragstellerin handle es sich somit nicht um ein fehlerhaftes oder unvollständiges Angebot, sondern um ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot. Es widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen insbesondere in den Punkten B1 Pkt. 1.1.11 und B1 Pkt.

1.1.21. Es sei daher zwingend auszuschließen. Ob der Preis, wie von der Antragstellerin behauptet, ausreiche, um alle Mindest- und Kollektivlöhne samt Zulagen und Sozialabgaben zu bezahlen, was seitens des Auftraggebers bestritten werde, sei für die Frage, ob die arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften eingehalten würden, irrelevant.

Die Basis sämtlicher kollektivvertraglicher Aufschläge, insbesondere auch der des Zusatzkollektivvertrages für die Tauernautobahn, sei im K3- Blatt immer der kollektivvertragliche Mittellohn (Zeile "A"). Da, wie die Antragstellerin selbst einräume, die KV- Löhne von ca. 77% der Lohnkosten auf einem unzutreffenden Kollektivvertrag aufbauen würden, entspreche folglich auch der kollektivvertragliche Mittellohn nicht dem derzeit gültigen Kollektivvertrag. Aus diesem Grund seien auch zwingend die kollektivvertraglichen Aufschläge unrichtig, da diese zu niedrig angegeben seien.

Da von der Antragstellerin in zwei von drei K3- Blättern ein falscher Kollektivvertrag zugrunde gelegt worden sei, sei somit auch zB die vorgesehene Höhenzulage, welche prozentuell auf den kollektivvertraglichen Mittellohn aufgeschlagen werde, zwingend falsch (zu niedrig). Auch die Höhenzulage im K3- Blatt widerspreche somit den arbeits- und sozialrechtlichen Vorgaben. Somit widerspreche das Angebot der Antragstellerin auch den zwingenden kollektivvertraglichen Bestimmungen des Zusatz- Kollektivvertrages (Bemessung der Höhenzulage).

Aufgrund dem Vorbringen der Verfahrensparteien, dem Inhalt des Vergabeaktes sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 11. Juni 2013, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt, welches an 4. Stelle gereiht ist. Das Angebot der Antragstellerin wurde vom Auftraggeber nicht ausgeschieden.

Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe stand der KV Baugewerbe und Bauindustrie vom 1.5.2012 in Geltung. Dieser sieht für die Beschäftigungsgruppe IIa (Vorarbeiter) einen Stundenlohn von Euro 13,73, für die BG IIb (Facharbeiter) einen Stundenlohn von Euro 12,50 und für die BG IIId einen Stundenlohn von Euro 11,63, vor. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe stand der KV Baugewerbe und Bauindustrie vom 1.5.2012 in Geltung. Dieser sieht für die Beschäftigungsgruppe römisch zwei a (Vorarbeiter) einen Stundenlohn von Euro 13,73, für die BG römisch zwei b (Facharbeiter) einen Stundenlohn von Euro 12,50 und für die BG römisch drei d einen Stundenlohn von Euro 11,63, vor.

Die Antragstellerin hat im K3-Blatt "Tunnel" als Grundlage zur Ermittlung des Mittellohns (Zeile "A") und in der Folge des Mittellohn-Preises (Zeile "U") den KV Baugewerbe und Bauindustrie, Stand 1.5.2011 und damit für die KV-Gruppe IIb einen KV-Lohn von Euro 12,00, für die KV-Gruppe IIId einen KV-Lohn von Euro 11,16 und für die KV-Gruppe IIa einen KV-Lohn von Euro 13,18, zugrunde gelegt. Dies ergibt einen Betrag in Zeile "A" von Euro XXX. Die Antragstellerin hat im K3-Blatt "Tunnel" als Grundlage zur Ermittlung des Mittellohns (Zeile "A") und in der Folge des Mittellohn-Preises (Zeile "U") den KV Baugewerbe und Bauindustrie, Stand 1.5.2011 und damit für die KV-Gruppe römisch zwei b einen KV-Lohn von Euro 12,00, für die KV-Gruppe römisch drei d einen KV-Lohn von Euro 11,16 und für die KV-Gruppe römisch zwei a einen KV-Lohn von Euro 13,18, zugrunde gelegt. Dies ergibt einen Betrag in Zeile "A" von Euro römisch 30.

Im K3-Blatt "Betonbau" hat die Antragstellerin als Grundlage zur Ermittlung des Mittellohns (Zeile "A") und in der Folge des Mittellohn-Preises (Zeile "U") ebenfalls den KV Baugewerbe und Bauindustrie, Stand 1.5.2011 und damit für die KV-Gruppe IIb einen KV-Lohn von Euro 12,00, für die KV-Gruppe IIId einen KV-Lohn von Euro 11,16 und für die KV-Gruppe IIa einen KV-Lohn von Euro 13,18, zugrunde gelegt. Dies ergibt einen Betrag in Zeile "A" von Euro XXX. Im K3-Blatt "Betonbau" hat die Antragstellerin als Grundlage zur Ermittlung des Mittellohns (Zeile "A") und in der Folge des Mittellohn-Preises (Zeile "U") ebenfalls den KV Baugewerbe und Bauindustrie, Stand 1.5.2011 und damit für die KV-Gruppe römisch zwei b einen KV-Lohn von Euro 12,00, für die KV-Gruppe römisch drei d einen KV-Lohn von Euro 11,16 und für die KV-Gruppe römisch zwei a einen KV-Lohn von Euro 13,18, zugrunde gelegt. Dies ergibt einen Betrag in Zeile "A" von Euro römisch 30.

Im K3-Blatt "Verkehrswegebau" hat die Antragstellerin als Grundlage zur Ermittlung des Mittellohns (Zeile "A") und in der Folge des Mittellohn-Preises (Zeile "U") hingegen den zum damaligen Zeitpunkt geltenden KV Baugewerbe und Bauindustrie, mit Stand 1.5.2012 zugrunde gelegt.

Die Ausschreibung hat Folgendes bestandsfest vorgegeben:

Punkt B.1, Pkt 1.1.21 ("Verweis auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften"):

Die Erstellung des Angebotes betreffend der in Österreich auszuführenden Leistungen hat jedenfalls unter

Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen. [...].

Punkt B.1, 1.1.11 "Erstellung der Preise":

Die Kalkulation aller angebotenen Preise und deren Aufgliederung hat den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 idgF unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Festlegungen in der Ausschreibung zu entsprechen.

Mit Schriftsatz vom 14.5.2013 beantragte die Antragstellerin die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Mit Bescheid vom 17.5.2013, N/0037-BVA/09/2013-EV7, wurde dem Begehren stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Es handelt sich um einen Bauauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Oberschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 2.5.2013 bekannt gegeben. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung wurde am 13.5.2013 eingebracht und ist somit rechtzeitig. Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde der Zuschlag erteilt. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 2.5.2013 bekannt gegeben. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung wurde am 13.5.2013 eingebracht und ist somit rechtzeitig. Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde der Zuschlag erteilt.

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

Exkurs: Zum Vorbringen der nicht ausreichenden Begründetheit der Zuschlagsentscheidung:

Die Antragstellerin ist mit ihrem Hauptangebot an vierter Stelle gereiht. Vor ihr gereiht sind das Hauptangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sowie zwei Alternativangebote zweier anderer Bieter (Vergabeakt).

Die Antragstellerin brachte vor, dass aus der Zuschlagsentscheidung lediglich ersichtlich sei, dass sich der Reihungsunterschied zum Hauptangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers allein aus dem Kriterium "Preis" ergebe. Beim Kriterium "Qualität" seien diese beiden Angebote gleich bewertet worden. Der Zuschlagsentscheidung sei jedoch nicht zu entnehmen, welche Alternativangebote welcher Bieter vor dem Hauptangebot der Antragstellerin gereiht seien bzw welches Alternativangebot ausgeschieden worden sei. Dies führe zu Intransparenz.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

§ 131 Abs 1 BVergG sieht vor, dass der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen hat, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den Bieter unter anderem die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, falls dies nicht öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von

Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde. Paragraph 131, Absatz eins, BVergG sieht vor, dass der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen hat, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den Bietern unter anderem die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, falls dies nicht öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde.

Wie der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung zu entnehmen ist, hat der Auftraggeber darin sowohl die ermittelte Vergabesumme als auch den Grund für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin mitgeteilt. Weiters wurden auch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowohl verbal bekannt gegeben als auch (noch zusätzlich) tabellarisch dargestellt (auch die in den Subkriterien erreichten Unterpunkte).

Die Zuschlagsentscheidung vom 30.4.2013 erfüllt somit die vom Gesetz vorgegebenen Anforderungen nach Umfang (Inhalt) und Begründungstiefe in umfassender Weise. Die in der konkreten Zuschlagsentscheidung enthaltenen Informationen ermöglichten der Antragstellerin jedenfalls, abzuschätzen, ob die Einbringung eines Nachprüfungsantrages sinnvoll ist bzw Aussicht auf Erfolg hat. Dies hat die Antragstellerin mit ihrem konkreten Nachprüfungsantrag auch nachgewiesen. Die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages war durch die gegenständliche (Begründung der) Zuschlagsentscheidung jedenfalls weder erschwert noch behindert.

Eine über den in § 131 Abs 1 BVergG normierten Umfang hinaus gehende Verpflichtung des Auftraggebers, weitere Informationen - etwa Informationen auch hinsichtlich weiterer Angebote, welche vor dem Angebot eines Antragstellers gereiht sind - bekannt zu geben, hat der Gesetzgeber gerade nicht normiert. Eine über den in Paragraph 131, Absatz eins, BVergG normierten Umfang hinaus gehende Verpflichtung des Auftraggebers, weitere Informationen - etwa Informationen auch hinsichtlich weiterer Angebote, welche vor dem Angebot eines Antragstellers gereiht sind - bekannt zu geben, hat der Gesetzgeber gerade nicht normiert.

Die Zuschlagsentscheidung ist die an die Bieter abgegebene - nicht verbindliche - Absichtserklärung des Auftraggebers, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll (§2 Z 49 BVergG). Angaben darüber, welcher Bieter mit welchem Angebot warum zweit-, dritt- usw gereiht ist, sind nicht notwendiger oder gar zwingender Inhalt einer Zuschlagsentscheidung. Dies weder nach dem klaren Gesetzeswortlaut noch nach der Judikatur des VwGH. Die Zuschlagsentscheidung ist die an die Bieter abgegebene - nicht verbindliche - Absichtserklärung des Auftraggebers, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll (§2 Ziffer 49, BVergG). Angaben darüber, welcher Bieter mit welchem Angebot warum zweit-, dritt- usw gereiht ist, sind nicht notwendiger oder gar zwingender Inhalt einer Zuschlagsentscheidung. Dies weder nach dem klaren Gesetzeswortlaut noch nach der Judikatur des VwGH.

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Zuschlagsentscheidung vom 30.4.2013 den Vorgaben des Gesetzes entspricht und nicht zu beanstanden ist.

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin:

Der präsumtive Zuschlagsempfänger bringt vor, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation fehle. Ihr Angebot sei an vierter Stelle gereiht, sodass ihr selbst bei Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mangels Chance auf Erhalt des Auftrages kein Schaden entstehen könne.

Die Antragstellerin bringt vor, dass sämtliche ihr vorgereichten Angebote auszuschneiden seien.

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern
Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins
er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und
2. 2.Ziffer 2
ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Das Interesse am Vertragsabschluss hat die Antragstellerin sowohl behauptet, als auch durch die Angebotslegung und

die Einbringung eines Nachprüfungsantrages hinreichend dargetan.

Chance auf Erhalt des Zuschlages/möglicher Schaden:

Das Angebot der Antragstellerin ist an vierter Stelle gereiht. Vor ihr gereiht sind ein Hauptangebot und zwei Alternativangebote anderer Bieter.

Die Reihung der Angebote durch den Auftraggeber im Rahmen der Bestbieterermittlung hat für die Beurteilung der Antragslegitimation außer Betracht zu bleiben. Es ist nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde, eine hypothetische Bestbieterermittlung an Stelle des Auftraggebers durchzuführen (vgl BVA 4.11.2003, 14N-90/03-56; 31.8.2006, N/0062-BVA/12/2006-22 u.a.). Auch jene Bieter, die vom Auftraggeber nachgereiht wurden, haben Antragslegitimation (vgl R. Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 320, Rz 64). Weder aus der RechtsmittelRL noch aus der Systematik des BVergG ergibt sich, dass der Antragsteller für die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren eine "echte Chance auf den Zuschlag" haben muss. Das Vorliegen einer "echten Chance" auf den Zuschlag kann keine Antragsvoraussetzung sein (vgl R. Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 320, Rz 65). Die Reihung der Angebote durch den Auftraggeber im Rahmen der Bestbieterermittlung hat für die Beurteilung der Antragslegitimation außer Betracht zu bleiben. Es ist nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde, eine hypothetische Bestbieterermittlung an Stelle des Auftraggebers durchzuführen vergleiche BVA 4.11.2003, 14N-90/03-56; 31.8.2006, N/0062-BVA/12/2006-22 u.a.). Auch jene Bieter, die vom Auftraggeber nachgereiht wurden, haben Antragslegitimation vergleiche R. Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 320,, Rz 64). Weder aus der RechtsmittelRL noch aus der Systematik des BVergG ergibt sich, dass der Antragsteller für die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren eine "echte Chance auf den Zuschlag" haben muss. Das Vorliegen einer "echten Chance" auf den Zuschlag kann keine Antragsvoraussetzung sein vergleiche R. Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 320,, Rz 65).

Die Prüfung und Bewertung der Angebote ist Aufgabe des Auftraggebers, nicht der Vergabekontrollbehörde. Die Vergabekontrollbehörde hat (lediglich) im Nachhinein zu überprüfen, ob die (gegenständlich) Zuschlagsentscheidung rechtmäßig ist, nicht jedoch anstelle des Auftraggebers eine hypothetische Reihung der Angebote vorzunehmen. Bei der gegenteiligen Auffassung würde das meritum des Verfahrens auf die Ebene der Prozessvoraussetzungen verlagert. Wird die Zuschlagsentscheidung angefochten, müsste die Behörde diesfalls schon bei Beurteilung der Antragslegitimation prüfen, ob der Antragsteller den Zuschlag erhalten hätte können, dh ob die Zuschlagsentscheidung rechtmäßig war. Dies entspricht nicht dem System des BVergG (vgl R. Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 320, Rz 66). Die Prüfung und Bewertung der Angebote ist Aufgabe des Auftraggebers, nicht der Vergabekontrollbehörde. Die Vergabekontrollbehörde hat (lediglich) im Nachhinein zu überprüfen, ob die (gegenständlich) Zuschlagsentscheidung rechtmäßig ist, nicht jedoch anstelle des Auftraggebers eine hypothetische Reihung der Angebote vorzunehmen. Bei der gegenteiligen Auffassung würde das meritum des Verfahrens auf die Ebene der Prozessvoraussetzungen verlagert. Wird die Zuschlagsentscheidung angefochten, müsste die Behörde diesfalls schon bei Beurteilung der Antragslegitimation prüfen, ob der Antragsteller den Zuschlag erhalten hätte können, dh ob die Zuschlagsentscheidung rechtmäßig war. Dies entspricht nicht dem System des BVergG vergleiche R. Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 320,, Rz 66).

Die (hypothetische) Reihung der Angebote kann für die Antragslegitimation keine Bedeutung haben (vgl Elsner, BVergG 2006, Rz 312). Die (hypothetische) Reihung der Angebote kann für die Antragslegitimation keine Bedeutung haben vergleiche Elsner, BVergG 2006, Rz 312).

Der Antragstellerin käme sohin nach dem Gesagten grundsätzlich Antragslegitimation zu. Dass die Antragslegitimation der Antragstellerin jedoch dessen ungeachtet in concreto nicht gegeben ist, wird im Folgenden dargelegt (siehe Spruchpunkt I). Der Antragstellerin käme sohin nach dem Gesagten grundsätzlich Antragslegitimation zu. Dass die Antragslegitimation der Antragstellerin jedoch dessen ungeachtet in concreto nicht gegeben ist, wird im Folgenden dargelegt (siehe Spruchpunkt römisch eins).

Zu Spruchpunkt I.: Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Die Ausschreibung wurde innerhalb der in § 321 Abs 4 BVergG vorgesehenen Frist nicht angefochten. Sie ist daher bestandfest geworden (vgl VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 ua; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA//04/2007-36; BVA 21.4.2011, N/0020-BVA/09/2011-28; BVA 15.3.2012, N/0016-BVA/09/2012-42 uva). Die Versäumung der Frist zur Anfechtung führt zur endgültigen Präklusion. Es ist der Nachprüfungsbehörde verwehrt, die Rechtswidrigkeit solcher bestandskräftig gewordener Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer

Entscheidungen (hier der Zuschlagsentscheidung), inzident in Prüfung zu ziehen (vgl. Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 321 Rz 9). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße. Die Ausschreibung wurde innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 4, BVergG vorgesehenen Frist nicht angefochten. Sie ist daher bestandfest geworden (vergleiche VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 ua; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 21.4.2011, N/0020-BVA/09/2011-28; BVA 15.3.2012, N/0016-BVA/09/2012-42 uva). Die Versäumung der Frist zur Anfechtung führt zur endgültigen Präklusion. Es ist der Nachprüfungsbehörde verwehrt, die Rechtswidrigkeit solcher bestandskräftig gewordenen Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen (hier der Zuschlagsentscheidung), inzident in Prüfung zu ziehen (vergleiche Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 321, Rz 9). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße.

Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind in der Folge an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die bestandfeste Ausschreibung stellt die unabänderliche Grundlage für die Angebotsprüfung und -bewertung dar (vgl. auch BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26; BVA 23.9.2011, N/0067-BVA/09/2011-21; BVA 15.3.2012, N/0016-BVA/09/2012-42). Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung. Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind in der Folge an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die bestandfeste Ausschreibung stellt die unabänderliche Grundlage für die Angebotsprüfung und -bewertung dar (vergleiche auch BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26; BVA 23.9.2011, N/0067-BVA/09/2011-21; BVA 15.3.2012, N/0016-BVA/09/2012-42). Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung.

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsbestimmungen sind nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren, den ein durchschnittlicher fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt verstehen muss (vgl. etwa VwGH 1.7.2010, 2006/04/0139; 12.5.2011, 2008/04/0087 unter Berufung auf EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00 SIAC und 17.11.2004, Rs C-448/01 EVN AG & Wienstrom GmbH). Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva.). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsbestimmungen sind nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren, den ein durchschnittlicher fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt verstehen muss (vergleiche etwa VwGH 1.7.2010, 2006/04/0139; 12.5.2011, 2008/04/0087 unter Berufung auf EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00 SIAC und 17.11.2004, Rs C-448/01 EVN AG & Wienstrom GmbH). Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva.).

Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vgl. auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8). Die Bedeutung der

Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vergleiche auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8).

Es ist nunmehr zu untersuchen, wie die gegenständliche bestandskräftige

Ausschreibungsbestimmung zu verstehen ist:

Vorgaben der bestandsfesten Ausschreibung:

Punkt B.1, Pkt 1.1.21 ("Verweis auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften"):

Die Erstellung des Angebotes betreffend der in Österreich auszuführenden Leistungen hat jedenfalls unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen. [...].

Punkt B.1, 1.1.11 "Erstellung der Preise":

Die Kalkulation aller angebotenen Preise und deren Aufgliederung hat den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 idgF unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Festlegungen in der Ausschreibung zu entsprechen.

Objektiver Erklärungswert dieser Bestimmungen:

Aus dem objektiven Erklärungswert der bestandsfesten Bestimmungen ergibt sich unzweifelhaft, dass die Bieter bei der Angebotserstellung die zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe gültigen Kollektivverträge heranzuziehen haben und dass für die Kalkulation die Vorgaben der ÖNORM B 2061 zwingend einzuhalten sind.

Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe am 5.3.2013 stand der Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe in der Fassung vom 1.5.2012 in Geltung. Dieser sieht für die Beschäftigungsgruppe IIa (Vorarbeiter) einen Stundenlohn von Euro 13,73, für die BG IIb (Facharbeiter) einen Stundenlohn von Euro 12,50 und für die BG IIId einen Stundenlohn von Euro 11,63, vor. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe am 5.3.2013 stand der Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe in der Fassung vom 1.5.2012 in Geltung. Dieser sieht für die Beschäftigungsgruppe römisch zwei a (Vorarbeiter) einen Stundenlohn von Euro 13,73, für die BG römisch zwei b (Facharbeiter) einen Stundenlohn von Euro 12,50 und für die BG römisch drei d einen Stundenlohn von Euro 11,63, vor.

Die Antragstellerin zog jedoch sowohl im K3-Blatt "Tunnel" als auch im K3-Blatt "Betonbau" den (zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe) nicht mehr in Geltung stehenden KV Bauindustrie und Baugewerbe mit Stand 1.5.2011 heran. Dieser sah für die KV-Gruppe IIb einen KV-Lohn von Euro 12,00, für die KV-Gruppe IIId einen KV-Lohn von Euro 11,16 und für die KV-Gruppe IIa einen KV-Lohn von Euro 13,18, vor. Die Antragstellerin zog jedoch sowohl im K3-Blatt "Tunnel" als auch im K3-Blatt "Betonbau" den (zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe) nicht mehr in Geltung stehenden KV Bauindustrie und Baugewerbe mit Stand 1.5.2011 heran. Dieser sah für die KV-Gruppe römisch zwei b einen KV-Lohn von Euro 12,00, für die KV-Gruppe römisch drei d einen KV-Lohn von Euro 11,16 und für die KV-Gruppe römisch zwei a einen KV-Lohn von Euro 13,18, vor.

In diesem Sinne brachte der Auftraggeber im Zuge des Nachprüfungsverfahrens (mündliche Verhandlung vom 11.6.2013) vor, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre. Ein Ausschneiden des Angebotes durch den Auftraggeber ist jedoch nicht erfolgt.

Begründend führte der Auftraggeber an, dass das Angebot der Antragstellerin ausschreibungswidrig sei, da die (zwingend einzuhaltenden) arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen nicht eingehalten worden seien. So ergebe sich aus dem K3-Blatt für den Mittellohnpreis (Tunnel), dass die Antragstellerin den Kollektivvertrag (KV) vom 1.5.2011 herangezogen habe. Es wäre jedoch der zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe gültige KV vom 1.5.2012 heranzuziehen gewesen. Auch im K3-Blatt für den Mittellohnpreis (Betonbau) habe die Antragstellerin den Kollektivvertrag (KV) vom 1.5.2011 anstatt des damals gültigen KV 1.5.2012 herangezogen.

In der KV-Gruppe IIb sei somit in diesen beiden K3-Blättern ein Stundenlohn von Euro 12,00 anstatt des richtigerweise anzusetzenden Stundenlohnes von Euro 12,50 angesetzt worden. In der KV-Gruppe römisch zwei b sei somit in diesen beiden K3-Blättern ein Stundenlohn von Euro 12,00 anstatt des richtigerweise anzusetzenden Stundenlohnes von Euro 12,50 angesetzt worden.

Folglich seien somit ca 77% des Lohnes nicht gemäß den zum damaligen Zeitpunkt gültigen arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen kalkuliert worden.

Im K3-Blatt für den Mittelohnpreis (Verkehrswegebau) habe die Antragstellerin hingegen richtigerweise den Kollektivvertrag (KV) vom 1.5.2012 herangezogen.

Weiters habe die Antragstellerin in der dafür vorgesehenen Zeile des K3-Blattes keine Zulagen aus Zusatzkollektivverträgen (Anm: für die Tauernautobahn) angeführt. Weiters habe die Antragstellerin in der dafür vorgesehenen Zeile des K3-Blattes keine Zulagen aus Zusatzkollektivverträgen Anmerkung, für die Tauernautobahn) angeführt.

Hiebei handle es sich um evidente Mängel, die sich bereits aus dem Akt ergeben würden. Es handle sich dabei um unbehebbar Mängel. Solche seien weder aufklärbar noch verbesserbar. Das Angebot der Antragstellerin wäre somit auszuschneiden gewesen. Daher mangle es ihr auch an der Antragslegitimation.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Aufgrund der hinreichend konkreten Einwände des Auftraggebers war die Behörde berechtigt und sogar verpflichtet, diese eingewendeten Gründe dahingehend zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre. Hiebei hat die Behörde nur die aus den Akten des Vergabeverfahrens ersichtlichen Umstände zu berücksichtigen und ist nicht gehalten, ein Sachverständigengutachten zur Beurteilung des Vorliegens eines Ausscheidensgrundes einzuholen (vgl VwGH 12.5.2011, 2007/04/0012). Aufgrund der hinreichend konkreten Einwände des Auftraggebers war die Behörde berechtigt und sogar verpflichtet, diese eingewendeten Gründe dahingehend zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre. Hiebei hat die Behörde nur die aus den Akten des Vergabeverfahrens ersichtlichen Umstände zu berücksichtigen und ist nicht gehalten, ein Sachverständigengutachten zur Beurteilung des Vorliegens eines Ausscheidensgrundes einzuholen vergleiche VwGH 12.5.2011, 2007/04/0012).

Ausscheidensgründe, die nicht bereits Gegenstand einer Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers waren, dürfen von der Behörde nur dann berücksichtigt werden, wenn dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren Gelegenheit geboten wurde, die Stichhaltigkeit dieser Ausscheidensgründe anzuzweifeln. Dazu hat die Behörde dem Antragsteller vorzuhalten, welchen Sachverhalt sie als Ausscheidensgrund heranzuziehen beabsichtigt (vgl VwGH 12.5.2011, 2007/04/0012; 28.3.2007, 2005/04/0200; 28.3.2008, 2005/04/0025; 1.10.2008, 2005/04/0233). Ausscheidensgründe, die nicht bereits Gegenstand einer Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers waren, dürfen von der Behörde nur dann berücksichtigt werden, wenn dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren Gelegenheit geboten wurde, die Stichhaltigkeit dieser Ausscheidensgründe anzuzweifeln. Dazu hat die Behörde dem Antragsteller vorzuhalten, welchen Sachverhalt sie als Ausscheidensgrund heranzuziehen beabsichtigt vergleiche VwGH 12.5.2011, 2007/04/0012; 28.3.2007, 2005/04/0200; 28.3.2008, 2005/04/0025; 1.10.2008, 2005/04/0233).

Wie bereits im Sachverhalt festgestellt wurde, hat die Antragstellerin in ihrem Angebot - wie diese auch selbst einräumt - im K3-Blatt für den Mittelohnpreis (Tunnel) den Kollektivvertrag vom 1.5.2011 anstelle des geltenden KV vom 1.5.2012 herangezogen. Auch im K3-Blatt für den Mittelohnpreis (Betonbau) hat die Antragstellerin den Kollektivvertrag vom 1.5.2011 anstatt jenen vom 1.5.2012 herangezogen. Somit hat die Antragstellerin in diesen beiden K3-Blättern jeweils einen "veralteten" - und sohin jedenfalls nicht den zum Zeitpunkt der

Angebotsabgabe geltenden - Kollektivvertrag herangezogen. Dies führt zu

geringeren Stundenlöhnen (Anm: Euro 12,00 für Beschäftigte der BG IIb, von Euro 11,16 für IIId und von Euro 13,18 für IIa) als sich bei Anwendung des geltenden KV ergeben würden. Dies bedeutet im Ergebnis - wie auch Q*** in seiner gutachterlichen Stellungnahme selbst ausführt - eine Differenz beim KV-Mittelohn von jeweils 4,18% gegenüber der Berechnung nach dem geltenden KV. geringer Stundenlöhnen Anmerkung, Euro 12,00 für Beschäftigte der BG römisch zwei b, von Euro 11,16 für römisch drei d und von Euro 13,18 für römisch zwei a) als sich bei Anwendung des geltenden KV ergeben würden. Dies bedeutet im Ergebnis - wie auch Q*** in seiner gutachterlichen Stellungnahme selbst ausführt - eine Differenz beim KV-Mittelohn von jeweils 4,18% gegenüber der Berechnung nach dem geltenden KV.

Die Antragstellerin gesteht schließlich auch selbst zu, dass sie in den K3- Blättern für Tunnel und Betonbau von "unrichtigen Basiswerten", nämlich von den Werten des veralteten KV, ausgegangen ist.

Im K3-Blatt für den Mittelohnpreis (Verkehrswegebau) hat die Antragstellerin hingegen (richtigerweise) den

Kollektivvertrag vom 1.5.2012 herangezogen. Dies zeigt, dass ihr sehr wohl bewusst gewesen ist, dass der aktuelle KV jener vom 1.5.2012 - und nicht jener vom 1.5.2011 - war.

Gegenständlich stellt sich - anders als Q*** dies darzustellen versucht - infolge dessen nicht die Frage, ob ein Kalkulationsfehler oder "nur ein Darstellungsfehler" vorliegt bzw ob der tatsächlich angebotene Mittelohn-Preis plausibel und angemessen ist.

Gegenständlich geht es vielmehr allein um die Frage einer allfälligen Ausschreibungswidrigkeit (Anm: welche keiner Mängelbehebung zugänglich wäre). Liegt eine Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes vor, ist es irrelevant, ob bzw dass der angebotene Mittelohn-Preis angemessen bzw plausibel sein mag. Gegenständlich geht es vielmehr allein um die Frage einer allfälligen Ausschreibungswidrigkeit Anmerkung, welche keiner Mängelbehebung zugänglich wäre). Liegt eine Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes vor, ist es irrelevant, ob bzw dass der angebotene Mittelohn-Preis angemessen bzw plausibel sein mag.

Laut dem objektiven Erklärungswert der bestandsfesten Ausschreibung ist der Angebotserstellung der geltende KV zugrunde zu legen. Dementsprechend sind auch die K3-Blätter unter Heranziehung der geltenden KV-Ansätze auszufüllen.

Fest steht, dass sich unter Zugrundelegung der falschen KV-Ansätze jedenfalls andere Preise ergeben, als sie sich unter Anwendung des maßgeblichen KV-Mindeststundenlohns ergeben würden, wie auch Q*** auf Seite 5 seiner gutachterlichen Stellungnahme bestätigt.

Laut dem objektiven Erklärungswert der bestandsfesten Ausschreibung hat weiters die Kalkulation zwingend nach den diesbezüglichen Vorgaben der ÖNORM B 2061 zu erfolgen und ist die Kalkulation des Mittelohn-Preises im vorgegebenen, vom Bieter zu verwendenden, K3-Blatt - und damit für den Auftraggeber objektiv nachvollziehbar - vorzunehmen.

Die Darstellung im K3-Blatt geht - wie auch Q*** zugesteht und entsprechend ausführt (vgl gutachterliche Stellungnahme Seite 7: Weil die Darstellung im K3- Blatt von der progressiven Kalkulation ausgeht, bei welcher ausgehend von Einzelansätzen und -werten der Mittelohnpreis ermitteltDie Darstellung im K3-Blatt geht - wie auch Q*** zugesteht und entsprechend ausführt vergleiche gutachterliche Stellungnahme Seite 7: Weil die Darstellung im K3- Blatt von der progressiven Kalkulation ausgeht, bei welcher ausgehend von Einzelansätzen und -werten der Mittelohnpreis ermittelt

wird,.....) - von einer progressiven Kalkulation aus. Im Falle

einer seitens der Bieter progressiv durchgeführten Kalkulation, ist es dem Auftraggeber im Zuge der Angebotsprüfung möglich, die Ansätze, Zuschläge etc nachzuvollziehen (was auch für eine vertiefte Angebotsprüfung von Relevanz ist). Eine angeblich retrograd erfolgte Kalkulation seitens der Antragstellerin, welche von einem Ziel-Mittelohnpreis mit anschließender Rückrechnung ausgeht, ermöglicht dem Auftraggeber hingegen keine entsprechende Nachvollziehbarkeit der Preise. Im vom Bieter auszufüllenden K3-Blatt ist der dort vorgesehenen progressiven Kalkulationsmethode zu folgen. Wenn auch ein Bieter, wie konkret die Antragstellerin, für seine kalkulationsinternen Berechnungen die retrograde Kalkulationsmethode wählen mag, so entbindet ihn dies nicht davon, im K3-Blatt die in diesen vorgegebene progressive Kalkulation vorzunehmen.

Auch bei einer retrograden Kalkulation ist der Bieter nicht von der Verpflichtung zur Einhaltung der in der ÖNORM B 2061 vorgegebenen Kalkulations- und Formvorschriften befreit. Die ÖNORM B 2061 regelt nämlich nicht nur die Preisbildung, sondern auch deren Aufgliederung und Herleitung. Die Bestimmungen der ÖNORM B 2061 legen fest, wie und in welcher Form bzw Reihenfolge die Lohnpreise zu bilden sind. Bei einer retrograden Kalkulation wird die Reihenfolge der Preisbildung nicht eingehalten. Als Basis ist bei der Kalkulation nach der ÖNORM B 2061 von den (geltenden) kollektivvertraglichen Löhnen auszugehen. Dies hat die Antragstellerin aber nach ihrem eigenen Vorbringen (Anm: angebliche Wahl der retrograden Kalkulation) nicht getan. Die retrograde Kalkulation widerspricht damit der ÖNORM B 2061 und der Ausschreibung, da nach dieser die Kalkulation und deren Aufgliederung der ÖNORM B 2061 zu entsprechen hat. Aus dem K3-Blatt ergibt sich die progressive Kalkulation (vgl GA Q***: Weil die Darstellung im K3-Blatt von der progressiven Auch bei einer retrograden Kalkulation ist der Bieter nicht von der Verpflichtung zur Einhaltung der in der ÖNORM B 2061 vorgegebenen Kalkulations- und Formvorschriften befreit. Die ÖNORM B 2061 regelt nämlich nicht nur die Preisbildung, sondern auch deren Aufgliederung und Herleitung. Die

Bestimmungen der ÖNORM B 2061 legen fest, wie und in welcher Form bzw Reihenfolge die Lohnpreise zu bilden sind. Bei einer retrograden Kalkulation wird die Reihenfolge der Preisbildung nicht eingehalten. Als Basis ist bei der Kalkulation nach der ÖNORM B 2061 von den (geltenden) kollektivvertraglichen Löhnen auszugehen. Dies hat die Antragstellerin aber nach ihrem eigenen Vorbringen Anmerkung, angebliche Wahl der retrograden Kalkulation) nicht getan. Die retrograde Kalkulation widerspricht damit der ÖNORM B 2061 und der Ausschreibung, da nach dieser die Kalkulation und deren Aufgliederung der ÖNORM B 2061 zu entsprechen hat. Aus dem K3-Blatt ergibt sich die progressive Kalkulation vergleiche GA Q***: Weil die Darstellung im K3-Blatt von der progressiven

Kalkulation ausgeht.....). Die der ÖNORM B 2061 entsprechende

Kalkulation des Mittellohnes ist die progressive Kalkulation.

Hinzu kommt, dass die Basis sämtlicher KV-Aufschläge im K3-Blatt immer der kollektivvertragliche Mittellohn (Zeile "A") ist. Da, wie die Antragstellerin auch gar nicht bestreitet, ein wesentlicher Teil der Lohnkosten auf einem unzutreffenden (veralteten, billigeren) KV aufbaut, entspricht jedoch in der Folge auch der kollektivvertragliche Mittellohn nicht dem gültigen KV. Daraus resultiert zwingend, dass (auch) die KV-Aufschläge unrichtig (zu niedrig) sind.

Durch die Heranziehung der zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht mehr in Geltung stehenden Kollektivverträge, hat die Antragstellerin evidentermaßen, wie sich bereits aus dem Vergabeakt ergibt, gegen die laut Ausschreibung zwingend einzuhaltenden geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen verstoßen.

Die Kalkulation der Antragstellerin widerpricht nach dem oben Gesagten weiters auch der zwingend der Kalkulation zu Grunde zu legenden ÖNORM B 2061. Auch dies ergibt sich bereits aus dem Vergabeakt.

Einem Bieter ist die Antragslegitimation abzusprechen, wenn und weil sein Angebot zwingend auszuschneiden gewesen wäre (vgl R. Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 320, Rz 49; VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095, 11.11.2009, 2009/04/0240; 24.2.2010, 2006/04/0160). Einem Bieter ist die Antragslegitimation abzusprechen, wenn und weil sein Angebot zwingend auszuschneiden gewesen wäre vergleiche R. Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 320,, Rz 49; VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095, 11.11.2009, 2009/04/0240; 24.2.2010, 2006/04/0160).

Die Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde geht lediglich dahin, insbesondere bei konkreten Einwendungen des Auftraggebers - welcher den Bieter selbst nicht ausgeschieden hat - bei Prüfung der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags einen von ihr aufgrund der Akten erkannten und vom Auftraggeber nicht herangezogenen Ausschlussgrund heranzuziehen (vgl R. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 320, Rz 51; VwGH 1.7.2010, 2009/04/0207). Die Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde geht lediglich dahin, insbesondere bei konkreten Einwendungen des Auftraggebers - welcher den Bieter selbst nicht ausgeschieden hat - bei Prüfung der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags einen von ihr aufgrund der Akten erkannten und vom Auftraggeber nicht herangezogenen Ausschlussgrund heranzuziehen vergleiche R. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 320,, Rz 51; VwGH 1.7.2010, 2009/04/0207).

Der EuGH, 19.6.2003, Rs C-249/01 Hackermüller, hält es für zulässig, einen Nachprüfungsantrag zurückzuweisen, da das Angebot des betreffenden Bieters auszuschneiden gewesen wäre. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass dem Antragsteller die Möglichkeit geboten wird, in einem kontradiktorischen Verfahren vor der Nachprüfungsinstanz, den von der Nachprüfungsinstanz herangezogenen Ausschlussgrund zu bestreiten. Eine Zurückweisung eines Nachprüfungsantrages wegen eines vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschlussgrundes ist somit nur dann zulässig, wenn dem Antragsteller Gelegenheit geboten wurde, im Verfahren zu dem von der Nachprüfungsbehörde herangezogenen Ausscheidensgrund Stellung zu nehmen, bevor sein Antrag zurückgewiesen wird. Dies war gegenständlich der Fall.

Nach der VwGH-Judikatur (VwGH 12.5.2011, 2007/04/0012) ist dem Antragsteller im Falle der beabsichtigten Heranziehung von vom Auftraggeber nicht berücksichtigten Ausscheidensgründen durch die Behörde Gelegenheit zu geben, die Stichhaltigkeit der Ausscheidensgründe anzuzweifeln. Dementsprechend hat das BVA der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung einen entsprechenden Vorhalt gemacht. Die Behörde hat der Antragstellerin konkret vorgehalten, dass deren Angebot bei Vorliegen der vorstehend behandelten Gründe ausschreibungswidrig wäre und diesfalls beabsichtigt sei, dies als Ausscheidensgrund heranzuziehen (vgl VH-Schrift OZ 35, Seite 16). Nach der VwGH-Judikatur (VwGH 12.5.2011, 2007/04/0012) ist dem Antragsteller im Falle der beabsichtigten Heranziehung von vom Auftraggeber nicht berücksichtigten Ausscheidensgründen durch die Behörde Gelegenheit zu geben, die Stichhaltigkeit

der Ausscheidensgründe anzuzweifeln. Dementsprechend hat das BVA der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung einen entsprechenden Vorhalt gemacht. Die Behörde hat der Antragstellerin konkret vorgehalten, dass deren Angebot bei Vorliegen der vorstehend behandelten Gründe ausschreibungswidrig wäre und diesfalls beabsichtigt sei, dies als Ausscheidensgrund heranzuziehen (vergleiche VH-Schrift OZ 35, Seite 16).

Die Stellungnahmefrist wurde mit 10 Tagen ausreichend bemessen. Mit Schriftsatz vom 18.6.2013 hat die Antragstellerin eine Stellungnahme zum Vorhalt des BVA abgegeben und weiters eine gutachterliche Stellungnahme von Q*** vorgelegt. Die Äusserung der Antragstellerin und die Ausführungen des Q*** vermochten jedoch an der dargestellten Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes der Antragstellerin nichts zu ändern.

Die Antragslegitimation fehlt einem solchen Bieter, dessen Angebot an einem unbehebbarren Mangel und nicht bloß einen behebbaren Mangel leidet (vgl. R. Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 320, Rz 57; BVA 1.7.2004, 06N- 52/04-20). Der Auftraggeber hat nach einer entsprechenden Angebotsprüfung im Zuge des Nachprüfungsverfahrens zutreffender Weise den beschriebenen unbehebbarren Mangel im Angebot der Antragstellerin erkannt. Dieser Mangel ist einer Verbesserung nicht zugänglich. Die Antragslegitimation fehlt einem solchen Bieter, dessen Angebot an einem unbehebbarren Mangel und nicht bloß einen behebbaren Mangel leidet (vergleiche R. Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 320, Rz 57; BVA 1.7.2004, 06N- 52/04-20). Der Auftraggeber hat nach einer entsprechenden Angebotsprüfung im Zuge des Nachprüfungsverfahrens zutreffender Weise den beschriebenen unbehebbarren Mangel im Angebot der Antragstellerin erkannt. Dieser Mangel ist einer Verbesserung nicht zugänglich.

Im Hinblick auf das Gesagte, wäre das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG - dies ohne Möglichkeit einer Aufklärung, einer Verbesserung (oder gar einer Berichtigung, wie die Antragstellerin vermeint) - zwingend auszuschneiden gewesen. In der Folge fehlt es der Antragstellerin somit an der Antragslegitimation, weshalb ihr Nachprüfungsantrag zurückzuweisen ist. Im Hinblick auf das Gesagte, wäre das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG - dies ohne Möglichkeit einer Aufklärung, einer Verbesserung (oder gar einer Berichtigung, wie die Antragstellerin vermeint) - zwingend auszuschneiden gewesen. In der Folge fehlt es der Antragstellerin somit an der Antragslegitimation, weshalb ihr Nachprüfungsantrag zurückzuweisen ist.

Auf die rechtlichen Ausführungen und Schlussfolgerungen in der gutachterlichen Stellungnahme von Q*** war naturgemäß nicht einzugehen. Rechtsfragen sind vom Senat zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt I. des gegenständlichen Bescheides ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde zurückgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen. Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch eins. des gegenständlichen Bescheides ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde zurückgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

09.09.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at