

TE Verg Bescheid 2013/1/23 N/0111-BVA/04/2012-27

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.01.2013

Norm

BVergG 2006 §25 Abs5

BVergG 2006 §80 Abs6

BVergG 2006 §105 Abs1

BVergG 2006 §107 Abs2

BVergG 2006 §122

BVergG 2006 §123 Abs2 Z3

BVergG 2006 §126 Abs1

BVergG 2006 §126 Abs4

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §129 Abs1 Z9

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 80 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 107 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 122 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie durch Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Projekt Sanierung Parlament - Begleitende Kontrolle" des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch die Parlamentsdirektion, Dr. Karl-Renner-Ring 3, 1017 Wien, diese vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 3.12.2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie durch Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl 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 "Projekt Sanierung Parlament - Begleitende Kontrolle" des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch die Parlamentsdirektion, Dr. Karl-Renner-Ring 3, 1017 Wien, diese vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 3.12.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 23.11.2012 wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch den Auftraggeber wird abgewiesen.

Begründung

Die europaweite Bekanntmachung des Dienstleistungsauftrages "Projekt Sanierung Parlament - Begleitende Kontrolle" erfolgte in Form eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip am 23.8.2012 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter der Zahl 2012/S 164-272832.

Die A*** (in der Folge Antragsteller) beteiligte sich neben anderen Bewerbern am Vergabeverfahren mit einem Teilnahmeantrag und wurde in der Folge zur 2. Stufe und zur Legung eines Angebotes eingeladen. In den Ausschreibungsunterlagen war als Ende der Angebotsfrist der 21.11.2012, 12:00 Uhr, genannt.

Gemäß Punkt 16 der Verfahrensordnung (Teil A) der Ausschreibungsunterlagen waren im Hinblick auf die nach Angebotsabgabe zu führenden Verhandlungen Alternativ- und Abänderungsangebote unzulässig. Die Ausschreibungsbestimmungen sind dem Angebot vorbehaltlos zugrunde zu legen. Abweichungen sind unzulässig. Punkt 19 (Rechenfehler) der Verfahrensordnung (Teil A) sah vor, dass rechnerisch fehlerhafte Angebote nicht auszuschneiden, jedoch auf Aufforderung des Auftraggebers zu berichtigen seien. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung von Rechenfehlern sei jedoch unzulässig.

Zum Ablauf des weiteren Verhandlungsverfahrens war gemäß Punkt 23 (Ablauf des weiteren Verhandlungsverfahrens) der Verfahrensordnung (Teil A) Nachfolgendes aufgeführt:

".....

Nach Öffnung der Angebote werden diese zunächst einer formalen und inhaltlichen Überprüfung unterzogen, bei der insbesondere die Einhaltung der in den Ausschreibungsunterlagen gestellten Anforderungen überprüft wird. Ergeben sich bei dieser Prüfung Unklarheiten oder Mängel, werden die Bieter - soweit diese Mängel bzw. Unklarheiten behebbar sind bzw. aufgeklärt werden können - zur Verbesserung bzw. Aufklärung schriftlich aufgefordert. Die Auftraggeberin behält sich vor, im Zuge der formalen und inhaltlichen Angebotsprüfung Aufklärungsgespräche mit den Bietern zu führen. Nach der inhaltlichen und formalen Überprüfung der Angebote wird die Auftraggeberin in weiterer Folge Verhandlungen mit allen Bietern führen, die ausschreibungskonforme Angebote gelegt haben.

....."

Zur Vergütung (Punkt 12) wurde im Teil C.

(Vertragsbestimmungen) Nachfolgendes ausgeführt:

"12.1. Allgemeines

Das Preisangebot (Teil E2 der Ausschreibungsunterlagen) ist Vertragsbestandteil und bestimmt damit - nach Maßgabe der folgenden Regelung - das von der AG an den AN zu zahlende Entgelt.

Für das Honorar ist eine Obergrenze gemäß Gesamtkonzept von B*** von 0,6 % der Baukosten festgelegt. Diese Obergrenze bemisst sich wie folgt:

Fixhonorar [EUR] der Phase 1/Baukosten [EUR] der Phase 1) * 100+ Fixhonorarprozentsatz Phase 3 [%] < 0,6 %

.....

12.2. Phase 1

Der für die Phase 1 (Parlamentsgebäude, vertiefter modularer Vorentwurf gemäß Teil I inklusive vertiefter Kostenschätzungsplanung der Interimslokalisierung) vereinbarte Preis stellt einen Pauschalpreis dar und unterliegt als Festpreis keiner Indexierung. Grundlage dieses Positionspreises sind die Baukosten laut Kostenrahmen des vorliegenden Gesamtkonzeptes in der Höhe von EUR 167,1 Mio für die "Notwendige Sanierung", EUR 25,5 Mio für die "effizienzsteigernde Sanierung" und EUR 34,6 Mio für die "Interimslokation", in Summe somit EUR 227,2 Millionen (sämtliche Beträge exklusive Ust und ohne Indexierung). Die Phase 1 endet mit der Freigabe des vertieften modularen Vorentwurfs durch die AG zur Weiterleitung an den Rechnungshof. Der für die Phase 1 (Parlamentsgebäude, vertiefter modularer Vorentwurf gemäß Teil I inklusive vertiefter Kostenschätzungsplanung der Interimslokalisierung) vereinbarte Preis stellt einen Pauschalpreis dar und unterliegt als Festpreis keiner Indexierung. Grundlage dieses Positionspreises sind die Baukosten laut Kostenrahmen des vorliegenden Gesamtkonzeptes in der Höhe von EUR 167,1 Mio für die "Notwendige Sanierung", EUR 25,5 Mio für die "effizienzsteigernde Sanierung" und EUR 34,6 Mio für die "Interimslokation", in Summe somit EUR 227,2 Millionen (sämtliche Beträge exklusive Ust und ohne Indexierung). Die Phase 1 endet mit der Freigabe des vertieften modularen Vorentwurfs durch die AG zur Weiterleitung an den Rechnungshof.

12.3. Phase 2

Die Vergütung des für die Phase 2 (Prüfung des Vorentwurf durch den Rechnungshof und die Vorlage der Entscheidung der AG über die umzusetzen Maßnahmen - Phase der "Leistungsverdünnung") vereinbarten monatlichen Honorars erfolgt nach Maßgabe der tatsächlichen Dauer der Leistungsverdünnung.

12.4 Phase 3

Für die Phase 3 (Parlamentsgebäude, weitere Planung, Ausschreibungen, Bauarbeiten, Projektabschluss und - hinsichtlich der Interimslokation - Adaptierung, Übersiedlung und Rücksiedlung) wird ein Honorarsatz vereinbart, dessen Ausgangsbasis die Baukosten laut Kostenrahmen des vorliegenden Gesamtkonzeptes in der Höhe von EUR 167,1 Mio für die "Notwendige Sanierung", EUR 11,8 Mio für die "konzeptbestimmenden Basiselemente der effizienzsteigernden Sanierung" und EUR 34,6 Mio für die "Interimslokation und

Migration", die Summe sohin EUR 213,5 Mio (sämtliche Beträge exkl. Ust und ohne Indexierung) sind.

....."

Teil E2 (Preisblatt/Honorarangebot) der Ausschreibungsunterlagen enthielt das Preisblatt (B.Preisangebot) für das Honorarangebot.

Im Teil F (Bietererklärung) der Ausschreibungsunterlagen war Nachfolgendes ausgeführt:

"....."

1. Bietererklärung

1.1. Allgemeine Erklärungen

1. Wir erklären, dass wir

.....

b) uns bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen gehalten haben und die darin festgelegten Bestimmungen unter Berücksichtigung allfälliger Nachsendungen ohne Einschränkung anerkennen und dem Angebot zu Grunde legen;

c)....."

Der Antragsteller legte neben weiteren Bietern fristgerecht ein Angebot, in dem er die Bietererklärung des Teils F der Ausschreibungsunterlagen unterzeichnete. Dieses enthielt neben dem Konzept einen Personaleinsatzplan. Das angebotene Honorar setzte sich gemäß dem Angebot beiliegendem Preisblatt (B.Preisangebot) wie folgt zusammen:"

(Bild nicht darstellbar)

Die vom Auftraggeber mit der Prüfung der Angebote beauftragte C*** (in der Folge Prüfer) stellte beim Angebot des Antragstellers fest, dass dieses im Hinblick auf den angebotenen Personaleinsatz rechnerisch richtig sei. Die Mannmonats-Pauschale von Euro 12.290,-- gemäß dem Personaleinsatzplan entspräche circa Euro 76,8 pro Person * h und liege unter dem Mittellohn für zusätzliche Leistungen. Das fiktive Honorar könne unter der Annahme der maximalen Projektgröße und des größten Faktors für Schwierigkeit/Risiko/Komplexität zwischen Euro 2,1 Mio und 3,1 Mio für die Phase 1 und 3 angenommen werden. Im Hinblick darauf und im Hinblick auf die Honorarangebotspreise der übrigen Bieter bestünden beim Honorarangebot des Antragstellers (Euro 8.706.300,--) Zweifel an der Preisangemessenheit. Es überschreite außerdem die in der Ausschreibung (Punkt 12.1 Teil C der Ausschreibungsunterlagen) festgelegte Honorarobergrenze von $0,6 \% \text{ der Baukosten } \{(\text{Fixhonorar [EUR] der Phase 1/Baukosten [EUR] der Phase 1}) * 100 + \text{Fixhonorar Prozentsatz Phase 3}[\%] < 0,6 \%\}$.

Am 23.11.2012 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller das Ausscheiden seines Angebotes gemäß § 129 Abs 1 Z 3 und Z 7 BVergG aufgrund der preislichen Unangemessenheit und des Widerspruches zu den Ausschreibungsbestimmungen (Punkt 12.1 Teil C der Ausschreibungsunterlagen) mit. Am 23.11.2012 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller das Ausscheiden seines Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, BVergG aufgrund der preislichen Unangemessenheit und des Widerspruches zu den Ausschreibungsbestimmungen (Punkt 12.1 Teil C der Ausschreibungsunterlagen) mit.

Mit Schreiben vom 26.11.2012 informierte der Antragsteller den Auftraggeber über den ihm bei der Angebotserstellung unterlaufenen Rechenfehler und forderte ihn auf, die Ausscheidensentscheidung zurückzunehmen. Darin wurde Nachfolgendes ausgeführt:

"....."

1. 1.Ziffer eins

Berichtigung des Rechenfehlers

Bei der Erstellung des Angebotes von A*** ist ein Rechenfehler unterlaufen, der plausibel erläutert werden kann. Die hohe Angebotssumme ist in der Excel-Tabelle durch die Vorgabe des Honorarsatzes im Promillebereich entstanden (siehe Beilage ./1).

Bei der Phase 1 besteht der Rechenfehler im Umrechnungsfaktor des Prozentsatzes (Faktor 10 anstelle des Faktors 100). Dies hat einen zu hohen Prozentwert bezogen auf die Honorarbasis verursacht. Anstatt des Umrechnungsfaktors von 2,25% für den Honoraranteil (auf Basis der für die Phase 1 angegebenen Baukosten von EUR 227 Mio.) hätte der rechnerisch richtige Umrechnungsfaktor 0,22% generiert werden sollen (Angebotssumme kalkulatorisch abgerundet auf EUR 490.000).

Bei der Phase 3 liegt der Rechenfehler in einer Kommastelle der Berechnungsbasis (EUR 2135 Mio. anstelle EUR 213,5 Mio.). Daher hätte der rechnerisch richtige Wert von 0,338% (kalkulatorisch gerundet auf 0,34%) generiert werden sollen. Die Durchführung der mathematisch richtigen Operationen betreffend die Phase 1 (0,22%) und die Phase 3 (0,34%) ergibt aber den Prozentsatz von 0,56%. Dieser (rechnerisch richtige) Wert erfüllt die in Punkt 12.1, Teil C Vertragsbestimmungen festgelegte Obergrenze von 0,6%.

Gemäß Punkt 19, Teil A Verfahrensordnung sowie gemäß § 126 Abs 4 BVergG sind rechnerisch fehlerhafte Angebote zu berichtigen. Eine vergaberechtskonforme Vorgehensweise gebietet daher, dass das rechnerisch fehlerhafte Angebot berichtigt wird. Keinesfalls ist ein Ausscheiden geboten oder zulässig. Darüber hinaus sind Bieter bei Unklarheiten oder Mängeln gemäß Punkt 23, Teil A Verfahrensordnung sowie gemäß § 126 Abs 1 BVergG zur schriftlichen Aufklärung aufzufordern. Eine vergaberechtskonforme Vorgehensweise erfordert somit, dass A*** die Möglichkeit zur schriftlichen Aufklärung dieser Unklarheit eingeräumt wird. Gemäß Punkt 19, Teil A Verfahrensordnung sowie gemäß Paragraph 126, Absatz 4, BVergG sind rechnerisch fehlerhafte Angebote zu berichtigen. Eine vergaberechtskonforme Vorgehensweise gebietet daher, dass das rechnerisch fehlerhafte Angebot berichtigt wird. Keinesfalls ist ein Ausscheiden geboten oder zulässig. Darüber hinaus sind Bieter bei Unklarheiten oder Mängeln gemäß Punkt 23, Teil A Verfahrensordnung sowie gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG zur schriftlichen Aufklärung aufzufordern. Eine vergaberechtskonforme Vorgehensweise erfordert somit, dass A*** die Möglichkeit zur schriftlichen Aufklärung dieser Unklarheit eingeräumt wird.

1. 2.Ziffer 2

Geltung der Honorarobergrenze laut Ausschreibungsunterlagen

Im Übrigen gilt ohnedies die in Punkt 12.1, Teil C Vertragsbestimmungen verbindlich festgelegte Obergrenze von 0,6% der Baukosten. Gemäß Punkt A. 1, Teil E2 Preisblatt/Honorarangebot bestimmt sich das Preisangebot "nach Maßgabe der (...) in den Vertragsbestimmungen getroffenen Regelungen". Gemäß Punkt 1.1, Teil F sowie gemäß § 108 Abs 2 BVergG hat A*** erklärt, die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bestimmungen einzuhalten. Im Übrigen gilt ohnedies die in Punkt 12.1, Teil C Vertragsbestimmungen verbindlich festgelegte Obergrenze von 0,6% der Baukosten. Gemäß Punkt A. 1, Teil E2 Preisblatt/Honorarangebot bestimmt sich das Preisangebot "nach Maßgabe der (...) in den Vertragsbestimmungen getroffenen Regelungen". Gemäß Punkt 1.1, Teil F sowie gemäß Paragraph 108, Absatz 2, BVergG hat A*** erklärt, die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bestimmungen einzuhalten.

Das Angebot von A*** ist daher (ungeachtet des plausibel erklärten Rechenfehlers) zweifellos so zu verstehen, dass das Honorar mit der vertraglichen Obergrenze von 0 6% der Baukosten gedeckelt ist.

Aus all diesen Gründen ist das Angebot von A*** weder "preislich unangemessen", noch "widerspricht es den Ausschreibungsbestimmungen".

Die Ausscheidensentscheidung ist daher zurückzuziehen, die Berichtigung des rechnerisch fehlerhaften Angebotes von A*** vorzunehmen und das ausschreibungskonforme Angebot von A*** im Vergabeverfahren weiter zu berücksichtigen. Wir erlauben uns für die Zurückziehung der Ausscheidensentscheidung den 29.11.2012, 16:00 Uhr, vorzumerken. Bei nicht fristgerechter Zurückziehung der Ausscheidensentscheidung sind wir bereits jetzt beauftragt, einen fristgerechten Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung einzubringen."

Der Aufforderung zur Zurücknahme der Ausscheidensentscheidung kam der Auftraggeber nicht nach.

Mit Schriftsatz vom 3.12.2012 stellte der Antragsteller einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidungen. In Verbindung damit wurden ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 7.12.2012, N/0111-BVA/04/2012-8EV, teilweise stattgegeben wurde, sowie Anträge auf Ersatz

der Pauschalgebühren und Durchführung einer mündlichen Verhandlung eingebracht.

Begründend brachte der Antragsteller vor, dass bei begründeten Zweifeln an der Angemessenheit der Preise verpflichtend eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen sei. Dies sei vom Auftraggeber beim Angebot des Antragstellers unterlassen worden. Der Auftraggeber hätte nämlich von einem Rechenfehler ausgehen müssen.

Nach der Judikatur könne eine unterlassene Angebotsprüfung auch nicht nachgeholt werden. Es sei nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde, die Angebotsprüfung und -bewertung anstelle des Auftraggebers vorzunehmen. Es sei daher bereits von einer formalen Rechtswidrigkeit der angefochtenen Auftraggeberentscheidung auszugehen, deren Sanierung während des Nachprüfungsverfahrens nicht möglich sei.

Es sei gemäß § 125 Abs. 5 BVergG weder eine verbindliche schriftliche, noch eine mündliche oder telefonische Aufklärungsaufforderung durch den Auftraggeber ergangen. Bietererklärungen hätten im Anschluss daran vom Auftraggeber bei der Entscheidung berücksichtigt und in nachvollziehbarer Form festgehalten werden müssen. Auch bei Unklarheiten oder Angebotsmängeln hätte der Auftraggeber den Antragsteller damit verpflichtend zu konfrontieren und im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens die Möglichkeit der Aufklärung einzuräumen. Andernfalls sei von einem Verstoß gegen den in § 19 Abs. 1 BVergG verankerten Transparenzgrundsatz auszugehen. Von einer solchen Aufklärung habe der Auftraggeber im gegenständlichen Verfahren rechtswidriger Weise abgesehen. Es sei daher von einer nicht abgeschlossenen Angebotsprüfung und in der Folge von einer rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung auszugehen. Es sei gemäß Paragraph 125, Absatz 5, BVergG weder eine verbindliche schriftliche, noch eine mündliche oder telefonische Aufklärungsaufforderung durch den Auftraggeber ergangen. Bietererklärungen hätten im Anschluss daran vom Auftraggeber bei der Entscheidung berücksichtigt und in nachvollziehbarer Form festgehalten werden müssen. Auch bei Unklarheiten oder Angebotsmängeln hätte der Auftraggeber den Antragsteller damit verpflichtend zu konfrontieren und im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens die Möglichkeit der Aufklärung einzuräumen. Andernfalls sei von einem Verstoß gegen den in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verankerten Transparenzgrundsatz auszugehen. Von einer solchen Aufklärung habe der Auftraggeber im gegenständlichen Verfahren rechtswidriger Weise abgesehen. Es sei daher von einer nicht abgeschlossenen Angebotsprüfung und in der Folge von einer rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung auszugehen.

Unzutreffend sei auch, dass der Antragsteller die im Punkt

12.1 Teil C der Vertragsbestimmungen der Ausschreibungsunterlagen festgelegte Obergrenze von 0,6 % der Baukosten überschritten habe. Vielmehr sei dem Antragsteller bei der Erstellung des Angebotes ein Rechenfehler unterlaufen, bei dessen Berücksichtigung von einem Angebotspreis unter 0,6 % der Baukosten auszugehen sei.

Gemäß Teil E2 des Preisblattes/Honorarangebot der Ausschreibungsunterlagen seien verschiedene Honorarbestandteile auf verschiedenen Berechnungsgrundlagen anzubieten gewesen. Zu berücksichtigen seien dabei die in drei Phasen unterteilten Grundleistungen und zusätzlichen Leistungen gemäß der Leistungsbeschreibung sowie die dazu korrespondierenden Honorargrundlagen gewesen, auf deren Basis das Honorar für Leistungsunterbrechungen, laufendes Bauprogramm und zusätzliche Leistungen auf Stundenbasis zu ermitteln gewesen seien. Aus der Summe der Honorarkategorie "Grundleistungen und zusätzliche Leistungen gemäß Leistungsbeschreibung" sei vom Antragsteller ein Honorar in der Höhe von Euro 8.774.300,-- angeboten worden. Die Höhe dieser Summe sei auf einen Rechenfehler in der vom Antragsteller zur Kalkulation der Honorarsumme benutzten Excel-Tabelle zurückzuführen.

Beim Honorar für die Phase 1 resultiere der Rechenfehler aus einem Zahlensturz des Prozentsatzes der Baukosten, der für die Kalkulation des Pauschalhonorars herangezogen worden sei. Dieser Zahlensturz sei beim Ausfüllen des Excel-Sheets passiert. Statt einem Prozentsatz von 0,22 sei versehentlich ein Prozentsatz von 2,25% für den Honoraranteil gerechnet worden. Statt der rechnerisch richtigen Honorarsumme (auf Basis 0,22 % der Baukosten) für Phase 1 (Angebotssumme kalkulatorisch abgerundet auf Euro 490.000,--) sei die falsche Honorarsumme (auf Basis 2,25 % der Baukosten) in der Höhe von Euro 1.490.000,-- in das Preisblatt eingetragen worden. Beim Honorar für die Phase 3 sei der Rechenfehler auf eine falsche Kommastelle bei der Berechnungsbasis (Baukosten Euro 21,35 Millionen anstelle von Euro 213,5 Millionen) bzw. auf einen falsch ausgeworfenen Prozentsatz zurückzuführen. Beabsichtigt sei gewesen, die Angebotssumme für die Phase 3 von Euro 721.630,-- (im Preisblatt wurde fälschlicherweise Euro 7.216.300,-- und damit um den Faktor 10 weniger) anzubieten. Um diese Angebotssumme kalkulatorisch in einen Prozentsatz - entsprechend der Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen- umzuwandeln, sei die Angebotssumme durch die Baukosten dividiert

worden. Der Fehler in der Kommastelle sei darauf zurückzuführen, dass statt der Baukosten von Euro 213,5 Millionen eine Summe von Euro 21,35 Millionen herangezogen worden sei. Daraus resultiere ein Prozentsatz von 3,38 %. Bei einer Richtigstellung des Kommafehlers bei den Baukosten käme der Antragsteller auf den rechnerisch richtigen Wert des Honorarprozentsatzes von 0,338 % (kalkulatorisch gerundet auf 0,34 %). Das Honorar wäre dann mit Euro 721.630,-- zu beziffern.

Unter Berücksichtigung der aufgezeigten Rechenfehler bzw. Durchführung der mathematisch richtigen Operationen für die Phasen 1 (Honorar von 0,22 % der Baukosten) und 3 (Honorarprozentsatz von 0,34 % der Baukosten) ergebe sich eine Summe für die Honorarkategorie "Grundleistungen und zusätzliche Leistungen gemäß Leistungsbeschreibung" von Euro 1.279.630,--, die 0,56 % der Baukosten betrage. Dieser Wert liege jedenfalls unter der in Punkt 12.1 Teil C der Vertragsbestimmungen festgelegten Obergrenze von 0,6 %. Wie sich aus Punkt 19 Teil A. Verfahrensordnung und aus § 126 Abs. 4 BVergG ergebe, seien rechnerisch fehlerhafte Angebote auf Aufforderung des Auftraggebers zu berichtigen. Diese Möglichkeit der Berichtigung habe der Auftraggeber dem Antragsteller nicht eingeräumt, sondern vielmehr das Angebot des Antragstellers unzulässiger Weise sofort ausgeschieden. Selbst unter Berücksichtigung des höheren Angebotspreises wäre der Preis des Antragstellers plausibel und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar. Eine diesbezügliche Möglichkeit zur Aufklärung und Darstellung der wirtschaftlichen Nachvollziehbarkeit habe jedoch der Auftraggeber rechtswidriger Weise unterlassen. Unter Berücksichtigung der aufgezeigten Rechenfehler bzw. Durchführung der mathematisch richtigen Operationen für die Phasen 1 (Honorar von 0,22 % der Baukosten) und 3 (Honorarprozentsatz von 0,34 % der Baukosten) ergebe sich eine Summe für die Honorarkategorie "Grundleistungen und zusätzliche Leistungen gemäß Leistungsbeschreibung" von Euro 1.279.630,--, die 0,56 % der Baukosten betrage. Dieser Wert liege jedenfalls unter der in Punkt 12.1 Teil C der Vertragsbestimmungen festgelegten Obergrenze von 0,6 %. Wie sich aus Punkt 19 Teil A. Verfahrensordnung und aus Paragraph 126, Absatz 4, BVergG ergebe, seien rechnerisch fehlerhafte Angebote auf Aufforderung des Auftraggebers zu berichtigen. Diese Möglichkeit der Berichtigung habe der Auftraggeber dem Antragsteller nicht eingeräumt, sondern vielmehr das Angebot des Antragstellers unzulässiger Weise sofort ausgeschieden. Selbst unter Berücksichtigung des höheren Angebotspreises wäre der Preis des Antragstellers plausibel und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar. Eine diesbezügliche Möglichkeit zur Aufklärung und Darstellung der wirtschaftlichen Nachvollziehbarkeit habe jedoch der Auftraggeber rechtswidriger Weise unterlassen.

Entgegen den Behauptungen des Auftraggebers sei das Angebot des Antragstellers auch ausschreibungskonform, zumal unter Berücksichtigung der oben aufgezeigten rechnerischen Unrichtigkeiten die Obergrenze von 0,6 % der Baukosten nicht überschritten worden sei. Selbst wenn kein Rechenfehler vorliegen würde, wäre das Angebot des Antragstellers als ausschreibungskonform zu beurteilen. Dazu werde auf Punkt 12.1 Teil C der Vertragsbestimmungen der Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Aufgrund dieser Bestimmungen würden das Ermessen des Bieters und sein Spielraum bei der Kalkulation des Angebotspreises erheblich eingeschränkt. Es handle sich dabei um eine Regelung zu den Vertragsbestimmungen und nicht um eine bewertungsrelevante Verfahrensbestimmung zur Angebotspreiskalkulation, die bei Missachtung das Ausscheiden zur Folge hätte.

Zwar seien gemäß Punkt 16 Teil A der Ausschreibungsunterlagen Alternativ- und Abänderungsangebote, sowie Abweichungen von den in den Teilen B und C der Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vertragsbestimmungen unzulässig. Ein die Obergrenze von 0,6 % der Baukosten überschreitendes Honorar sei allerdings weder als Alternativ- oder Abänderungsangebot zu werten, noch werde damit gegen die Regelungen der Vertragsbestimmungen verstoßen. Lediglich bei einer Abänderung der Regelungen des Punktes 12.1 Teil C der Ausschreibungsbestimmungen im Angebot (z.B. die Änderung der Formulierung der Formel oder der Obergrenze auf 1%) wäre von einer Ausschreibungswidrigkeit im Angebot auszugehen. Dies sei jedoch im Angebot des Antragstellers nicht erfolgt und habe der Antragsteller auch nicht - wie in der Judikatur des VWGH festgelegt - in seinem Angebot klar zum Ausdruck gebracht. Auf Grundlage des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes lasse sich weder im Angebot des Antragstellers noch aus einem Begleitschreiben zum Angebot oder sonstigen Anhängen eine textmäßige Abänderung der in Punkt 12.1 des Teils C der Ausschreibungsbestimmungen festgesetzten Obergrenze ableiten.

Darüber hinaus werde auf die Bestimmungen in Punkt A.1 Teil E2 (Preisblatt/Honorarangebot) zum Preisangebot und in Punkt 1.1 Teil F sowie auf § 108 Abs. 2 BVergG verwiesen, wonach der Antragsteller erklärt habe, die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bestimmungen einzuhalten. Das Angebot des Antragstellers sei daher so zu verstehen, dass das Honorar mit der Obergrenze von 0,6 % der Baukosten gedeckelt sei und den Bestimmungen der

Ausschreibung entspreche. Die Ausscheidensentscheidung sei daher rechtswidrig. Darüber hinaus werde auf die Bestimmungen in Punkt A.1 Teil E2 (Preisblatt/Honorarangebot) zum Preisangebot und in Punkt 1.1 Teil F sowie auf Paragraph 108, Absatz 2, BVergG verwiesen, wonach der Antragsteller erklärt habe, die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bestimmungen einzuhalten. Das Angebot des Antragstellers sei daher so zu verstehen, dass das Honorar mit der Obergrenze von 0,6 % der Baukosten gedeckelt sei und den Bestimmungen der Ausschreibung entspreche. Die Ausscheidensentscheidung sei daher rechtswidrig.

Der Antragsteller sei ein weltweit führendes Beratungsunternehmen, dessen Betätigungsfeld die integrativen Beratungsleistungen im Rahmen großer Projektabwicklungen und die Betreuung von Immobilienprojekten u.a. der öffentlichen Hand, sowie die Projektberatung im Bereich der begleitenden Kontrolle umfassen würde. Der Antragsteller habe ein Interesse am Erhalt des Auftrages. Dies dokumentiere sich in der Abgabe des Teilnahmeantrages, Legung eines Angebotes und Einbringung des Nachprüfungsantrages.

Auf Grund des rechtswidrigen Ausscheidens seines Angebotes könne der Antragsteller nicht weiter am Vergabeverfahren teilnehmen und auch nicht den Zuschlag erhalten. Es würde der aus dem Auftrag zu lukrierende Gewinn entgehen. Die Kosten für die Legung des Teilnahmeantrages und des Erstangebotes seien frustriert. Hinzu kämen die Kosten für die rechtsfreundliche Beratung und für die zu entrichtenden Pauschalgebühren. Außerdem drohe der Verlust eines Referenzprojektes. Durch die rechtswidrige Ausscheidensentscheidung erachte sich der Antragsteller in seinem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt.

Insbesondere werde er in seinen Rechten auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf Durchführung einer vergaberechts- und ausschreibungskonformen (vertieften) Angebotsprüfung, auf die Möglichkeit zur schriftlichen Aufklärung während der Angebotsprüfung, auf Nichtausscheiden seines Angebotes, auf Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren, auf Teilnahme an Verhandlungen, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, sowie auf Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des tatsächlichen Bestbieters und Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter verletzt.

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 6.12.2012 allgemeine Auskünfte.

Mit Schriftsatz vom 13.12.2012 wurde ergänzend vorgebracht, dass dem Antragsteller im Einklang mit der Judikatur zu Recht keine Gelegenheit zur schriftlichen Aufklärung gegeben worden sei, da sein Angebot den Ausschreibungsbedingungen widerspreche. Entgegen den Ausführungen des Antragstellers habe sein Schreiben vom 26.11.2012 keine plausible Aufklärung enthalten. Vielmehr werde der im Nachprüfungsantrag behauptete Rechenfehler im Schreiben vom 26.11.2012 anders dargestellt, sodass von einer reinen Schutzbehauptung auszugehen sei. Obwohl der Auftraggeber unter den gegebenen Umständen nicht zur vertieften Angebotsprüfung verpflichtet wäre, sei eine solche durchgeführt worden. Dabei sei beim Angebot des Antragstellers die Schlüssigkeit und die Plausibilität des Personaleinsatzplanes in Verbindung mit dem Preisblatt festgestellt worden. Das Pauschalhonorar im Personaleinsatzplan (Euro 8.774.940,--) sei annähernd ident mit dem angebotenen Preis für die Phase 1-3 (Euro 8.774.300). Die Honorarpauschale im Personaleinsatzplan (Euro 8.774.940) entspreche annähernd dem Produkt aus Mannmonaten x Mannmonatspauschale x Aufschlag für Reise-/Nebenkosten gemäß Personaleinsatzplan (Euro 8.776.073,93). Die angebotene Mannmonatspauschale (Euro 12.290,--) sei preisangemessen (Euro 76,81 pro Stunde). Der angebotene Personaleinsatz (670,5 Mannmonate) sei über die gesamte Leistungsdauer monatsweise und detailliert aufgeschlüsselt. Es sei daher von einer bewussten Kalkulation und keinem Rechenfehler innerhalb des Personaleinsatzes auszugehen. Da auch die Projektdauer richtig berücksichtigt worden sei, liege kein Terminirrtum vor. Das im Personaleinsatzplan ausgewiesene Pauschalhonorar von Euro 8.774.940,-- spreche ebenso für eine bewusste Kalkulation des Antragstellers. Der hohe Angebotspreis des Antragstellers resultiere nicht aus auf Dezimalfehler rückführbare Rechenfehler, sondern aus einer - im Vergleich mit den Mitbewerbern - höher liegenden Personalaufwandseinschätzung. Die vertiefte Angebotsprüfung beim Antragsteller habe keine Hinweise darauf ergeben, dass der angebotene Preis auf einem Rechenfehler beruhe. Sämtliche vom Antragsteller angebotenen Positionspreise seien rechnerisch richtig ermittelt worden. Beim Honorar sei dem Antragsteller weder für die Phase 1 noch für die Phase 3 ein Rechenfehler unterlaufen. Als Rechenfehler im Sinne des § 126 Abs. 4 BVergG könnten nur solche Fehler qualifiziert werden, die sich aus dem Angebot des Bieters selbst ergeben würden. Falsche Annahmen im Angebot seien keine Rechenfehler. Vielmehr handle es sich dabei um schlichte nachträgliche Preisänderungen. Rechenfehler seien als mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärungen des Bieters zu werten, die

aus dem Angebot des Antragstellers jedoch nicht zu entnehmen seien. Aufgrund fehlender, mit dem Angebot abgegebener Kalkulationsgrundlagen könne von keinem evidenten Erklärungsirrtum des Antragstellers ausgegangen werden. Mit dem Angebot sei keine Preisaufgliederung abgegeben worden, sodass sich damit auch nicht die Frage der Berichtigung einer strittigen Preisposition gemäß § 124 Abs. 1 BVergG stellen könne. Ein Rechenfehler im Sinne des § 126 Abs. 4 BVergG sei jedoch nicht aus dem Angebot ersichtlich, womit auch eine Korrektur ohne Zutun des Bieters entfalle. Eine Vorreihung könne auch nicht durch eine vom Auftraggeber vorgenommene Berichtigung erfolgen. Mit Schriftsatz vom 13.12.2012 wurde ergänzend vorgebracht, dass dem Antragsteller im Einklang mit der Judikatur zu Recht keine Gelegenheit zur schriftlichen Aufklärung gegeben worden sei, da sein Angebot den Ausschreibungsbedingungen widerspreche. Entgegen den Ausführungen des Antragstellers habe sein Schreiben vom 26.11.2012 keine plausible Aufklärung enthalten. Vielmehr werde der im Nachprüfungsantrag behauptete Rechenfehler im Schreiben vom 26.11.2012 anders dargestellt, sodass von einer reinen Schutzbehauptung auszugehen sei. Obwohl der Auftraggeber unter den gegebenen Umständen nicht zur vertieften Angebotsprüfung verpflichtet wäre, sei eine solche durchgeführt worden. Dabei sei beim Angebot des Antragstellers die Schlüssigkeit und die Plausibilität des Personaleinsatzplanes in Verbindung mit dem Preisblatt festgestellt worden. Das Pauschalhonorar im Personaleinsatzplan (Euro 8.774.940,--) sei annähernd ident mit dem angebotenen Preis für die Phase 1-3 (Euro 8.774.300). Die Honorarpauschale im Personaleinsatzplan (Euro 8.774.940) entspreche annähernd dem Produkt aus Mannmonaten x Mannmonatspauschale x Aufschlag für Reise-/Nebenkosten gemäß Personaleinsatzplan (Euro 8.776.073,93). Die angebotene Mannmonatspauschale (Euro 12.290,--) sei preisangemessen (Euro 76,81 pro Stunde). Der angebotene Personaleinsatz (670,5 Mannmonate) sei über die gesamte Leistungsdauer monatsweise und detailliert aufgeschlüsselt. Es sei daher von einer bewussten Kalkulation und keinem Rechenfehler innerhalb des Personaleinsatzes auszugehen. Da auch die Projektdauer richtig berücksichtigt worden sei, liege kein Terminirrtum vor. Das im Personaleinsatzplan ausgewiesene Pauschalhonorar von Euro 8.774.940,-- spreche ebenso für eine bewusste Kalkulation des Antragstellers. Der hohe Angebotspreis des Antragstellers resultiere nicht aus auf Dezimalfehler rückführbare Rechenfehler, sondern aus einer - im Vergleich mit den Mitbewerbern - höher liegenden Personalaufwandseinschätzung. Die vertiefte Angebotsprüfung beim Antragsteller habe keine Hinweise darauf ergeben, dass der angebotene Preis auf einem Rechenfehler beruhe. Sämtliche vom Antragsteller angebotenen Positionspreise seien rechnerisch richtig ermittelt worden. Beim Honorar sei dem Antragsteller weder für die Phase 1 noch für die Phase 3 ein Rechenfehler unterlaufen. Als Rechenfehler im Sinne des Paragraph 126, Absatz 4, BVergG könnten nur solche Fehler qualifiziert werden, die sich aus dem Angebot des Bieters selbst ergeben würden. Falsche Annahmen im Angebot seien keine Rechenfehler. Vielmehr handle es sich dabei um schlichte nachträgliche Preisänderungen. Rechenfehler seien als mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärungen des Bieters zu werten, die aus dem Angebot des Antragstellers jedoch nicht zu entnehmen seien. Aufgrund fehlender, mit dem Angebot abgegebener Kalkulationsgrundlagen könne von keinem evidenten Erklärungsirrtum des Antragstellers ausgegangen werden. Mit dem Angebot sei keine Preisaufgliederung abgegeben worden, sodass sich damit auch nicht die Frage der Berichtigung einer strittigen Preisposition gemäß Paragraph 124, Absatz eins, BVergG stellen könne. Ein Rechenfehler im Sinne des Paragraph 126, Absatz 4, BVergG sei jedoch nicht aus dem Angebot ersichtlich, womit auch eine Korrektur ohne Zutun des Bieters entfalle. Eine Vorreihung könne auch nicht durch eine vom Auftraggeber vorgenommene Berichtigung erfolgen.

Der Antragsteller habe auch bei der Darstellung seines vermeintlichen Rechenfehlers die Argumentationslinie im Nachprüfungsantrag gegenüber seinem Vorbringen im Schreiben vom 26.11.2012 geändert. Während im zuletzt genannten Schreiben der Rechenfehler auf eine Berechnung des Honorars von Euro 2.135 Millionen anstelle von Euro 213,5 Millionen zurückgeführt worden sei, sei im Nachprüfungsantrag der Rechenfehler mit der falschen Berechnungsbasis für das Honorar in der Phase 3 Euro 21,35 Millionen anstelle von Euro 213,5 Millionen gerechtfertigt worden. Das geänderte Preisangebot stehe nur in Einklang mit den Behauptungen des Antragstellers im Schreiben vom 26.11.2012. Es sei daher von einer reinen Schutzbehauptung im Nachprüfungsantrag des Antragstellers auszugehen.

Im Hinblick darauf, dass es sich bei der ausgeschriebenen Leistung "der begleitenden Kontrolle" um eine anspruchsvolle, betriebswirtschaftliche und kaufmännische Aufgabenstellung handle, könne nicht bei einem mit Euro 7,49 Millionen zu beziffernden Betrag von einem Rechenfehler im zu vernachlässigbaren Ausmaß ausgegangen werden. Vielmehr sei im Sinne der Judikatur in diesem Fall dem betreffenden Bieter die erforderliche Zuverlässigkeit abzusprechen. Das Angebot des Antragstellers sei daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 1 BVergG jedenfalls auszuschneiden. Die

Judikatur spreche bereits bei einem mehr als Euro 400.000,-- betragenden Rechenfehler dem Bieter die Zuverlässigkeit ab. Der Betrag des Rechenfehlers des Antragstellers im Ausmaß von Euro 7,5 Millionen, der fast 75% des Angebotspreises betrage, übertreffe jedenfalls den gemäß § 126 Abs 4 BVergG noch für eine Berichtigung eines Rechenfehlers zugänglichen, vorgesehenen Prozentsatz von 2%. Bei einem - wie im gegenständlichen Fall - das 35-fache übertreffenden Wert müsse das Angebot des Antragstellers ausgeschieden werden. Im Hinblick darauf, dass es sich bei der ausgeschriebenen Leistung "der begleitenden Kontrolle" um eine anspruchsvolle, betriebswirtschaftliche und kaufmännische Aufgabenstellung handle, könne nicht bei einem mit Euro 7,49 Millionen zu beziffernden Betrag von einem Rechenfehler im zu vernachlässigbaren Ausmaß ausgegangen werden. Vielmehr sei im Sinne der Judikatur in diesem Fall dem betreffenden Bieter die erforderliche Zuverlässigkeit abzusprechen. Das Angebot des Antragstellers sei daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG jedenfalls auszuschneiden. Die Judikatur spreche bereits bei einem mehr als Euro 400.000,-- betragenden Rechenfehler dem Bieter die Zuverlässigkeit ab. Der Betrag des Rechenfehlers des Antragstellers im Ausmaß von Euro 7,5 Millionen, der fast 75% des Angebotspreises betrage, übertreffe jedenfalls den gemäß Paragraph 126, Absatz 4, BVergG noch für eine Berichtigung eines Rechenfehlers zugänglichen, vorgesehenen Prozentsatz von 2%. Bei einem - wie im gegenständlichen Fall - das 35-fache übertreffenden Wert müsse das Angebot des Antragstellers ausgeschieden werden.

Das angebotene Honorar des Antragstellers sei im Vergleich zu den übrigen angebotenen Honorarpreisen der Bieter, die unterhalb der in der Ausschreibung festgesetzten Honorarobergrenze und innerhalb derselben Bandbreite lägen, unangemessen hoch. Damit sei auch der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 3 BVergG verwirklicht. Das angebotene Honorar des Antragstellers sei im Vergleich zu den übrigen angebotenen Honorarpreisen der Bieter, die unterhalb der in der Ausschreibung festgesetzten Honorarobergrenze und innerhalb derselben Bandbreite lägen, unangemessen hoch. Damit sei auch der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG verwirklicht.

Mit Schriftsatz vom 4.1.2013 brachte der Antragsteller ergänzend vor, dass die Ursache für die Übereinstimmung des Personaleinsatzplanes mit dem (zu berichtenden) Angebotspreis im Rechenfehler des Antragstellers liege. Die Mannmonatspauschale von Euro 12.290,-- sei die Pauschale für die zehn im Personaleinsatzplan vorgesehenen Mitarbeiter. Rechne man die Mannmonatspauschale korrekt auf die Kalkulationsbasis von einem Mitarbeiter um, so liege die Mannmonatspauschale um den Faktor 10 niedriger. Diese Mannmonatspauschale (Euro 1.229,-- statt Euro 12.290,--) ergebe eine Honorarparauschale von Euro 877.607,-- statt Euro 8.776.070,--.

Der Pauschalfixpreis, der in der ersten Phase als Standardaufwand für Leistungsunterbrechungen berücksichtigt worden sei, sei im Pauschalfixpreis im dritten Schritt von der eigentlichen Honorarparauschal von Euro 877.607,-- in Abzug gebracht worden. Daraus resultiere eine Summe Euro 721.663,49 (vom Antragsteller gerundet auf Euro 721.630,--). Der korrekte Honorarprozentsatz betrage damit 0,34 % vom Euro 213,5 Millionen.

Der Fehler in der Kommastelle sei bei der Eingabe der Baukosten als Berechnungsbasis passiert. Der Aufwand für den Pauschalfixpreis sei anhand eines errechneten Standardaufwandes multipliziert mit einem Aufwandsfaktor mit insgesamt Euro 490.000,- (gerundet) kalkuliert. Es handle sich dabei um ein Kalkulationsgeheimnis des Antragstellers. Daraus resultiere ein Prozentsatz von 0,22 % auf Basis des Rechenwertes der Baukosten für die Phase 1 von Euro 227 Millionen. Dies ergebe einen Gesamthonorarprozentsatz von 0,56 %. Entgegen den Behauptungen des Auftraggebers könne der Rechenfehler auch im Zusammenhang mit dem abgegebenen Personaleinsatzplan plausibel erklärt werden.

Der Umsatzsteuerbetrag sei bloßes Produkt der vorhergehenden Beträge und des Steuersatzes. Wären die dem Multiplikator zugrundeliegenden Zahlen bereits falsch, finde dieser Fehler auch in der Umsatzsteuerberechnung seinen Niederschlag. Der Rechenfehler sei jedoch bereits in den falschen Ausgangszahlen zu finden.

Entgegen der vom Auftraggeber vertretenen Meinung sei der Rechenfehler des Antragstellers einer Berichtigung zugänglich. Auch in der Judikatur stelle das irrtümliche "Mit-Addieren" oder "Mit-Übertragen" einen Rechenfehler dar. Ebenso sei ein Kommafehler, der durch das Verrutschen einer Kommastelle zustande gekommen sei, als ein einer Berichtigung zugänglicher Fehler zu werten, sofern er mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftet sei. Dieser ergebe sich bereits daraus, dass der zu berichtende Angebotspreises des Antragstellers nominell die 0,6 % Honorargrenze gemäß Punkt

12.1 Teil C. der Vertragsbestimmungen überschreite. Der Antragsteller habe nicht zu erkennen gegeben und damit auch nicht zum Ausdruck gebracht, ein den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot legen zu wollen. Es

sei daher von einem evidenten Erklärungsirrtum auszugehen, der einer Berichtigung zugänglich sei. Es sei von einem ausschreibungskonformen Angebot auszugehen. Dies ergebe sich auch aus Punkt 1.1 Teil C der Vertragsbestimmungen, in dem die dem Vertragsabschluss zu Grunde liegenden Unterlagen in absteigender Reihenfolge aufgezählt seien. Danach gehe die "Honorardeckelung" gemäß Punkt 12.1 Teil C der Vertragsbestimmungen dem Angebot des Antragstellers vor. Der Honorardeckel im Angebot werde ausgeschöpft und das vertragliche maximal zulässige Honorar angeboten. Der die Honorardeckelung übersteigende Honoraranteil im Angebot sei aufgrund der vorhergehenden vertraglichen Deckelung unbeachtlich. Der Antragsteller habe auch erklärt, die seinem Angebot zu Grunde liegenden Vertragsbestimmungen des Auftraggebers vorbehaltlos anzuerkennen. Darüber hinaus habe es der Auftraggeber verabsäumt, dem Antragsteller im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Angebotsinhalt einzuräumen. Die Ausscheidensentscheidung sei schon deshalb für nichtig zu erklären.

Bei einer falschen Setzung einer Kommastelle bei der Angebotskalkulation handle es sich keinesfalls um eine schwere Verfehlung, die die mangelnde berufliche Zuverlässigkeit zur Folge haben könnte.

Laut aktuellem Rechnungshofbericht bzw. den Medienberichten zufolge würden die Bruttogesamtsanierungskosten bei rund Euro 500 Millionen liegen. Dies laufe auf Nettogesamtsanierungskosten von über Euro 416 Millionen hinaus. Um mehr als ein Drittel darunter lägen jedoch die dem Gesamtkonzept des Planers zugrundeliegenden Kosten für die effizienzsteigernde Sanierung mit rund Euro 300 Millionen (netto). Diese deutliche Überschreitung der avisierten Projektkosten wiege im gegenständlichen Fall umso schwerer, als sowohl das angebotene Honorar für die Leistungsphase 1 als auch das Maximalhonorar, das gemäß Punkt 12.1 der Vertragsbestimmungen mit 0,6 % der vertraglich bereits fixierten Baukosten gedeckelt sei, als Pauschalhonorar und als Festpreis im Vertrag festgelegt sei. Die gegenständliche Ausschreibung stimme beim anzubietenden Honorar auf die Baukosten laut Kostenrahmen des vorliegenden Gesamtkonzeptes auf die Summe von Euro 213,5 Millionen ab. Die Erhöhung der Projekte- bzw. Baukosten sei äußerst kalkulationsrelevant und hätte damit - wären diese Umstände bereits vor der Ausschreibung bekannt gewesen - einen wesentlichen anderen Ausschreibungsinhalt sowie ein wesentlich anderes Angebot zur Folge gehabt. Es liege daher ein zwingender Widerrufsgrund gemäß § 139 Abs. 1 Z 2 BVergG für die gegenständliche Ausschreibung vor. Laut aktuellem Rechnungshofbericht bzw. den Medienberichten zufolge würden die Bruttogesamtsanierungskosten bei rund Euro 500 Millionen liegen. Dies laufe auf Nettogesamtsanierungskosten von über Euro 416 Millionen hinaus. Um mehr als ein Drittel darunter lägen jedoch die dem Gesamtkonzept des Planers zugrundeliegenden Kosten für die effizienzsteigernde Sanierung mit rund Euro 300 Millionen (netto). Diese deutliche Überschreitung der avisierten Projektkosten wiege im gegenständlichen Fall umso schwerer, als sowohl das angebotene Honorar für die Leistungsphase 1 als auch das Maximalhonorar, das gemäß Punkt 12.1 der Vertragsbestimmungen mit 0,6 % der vertraglich bereits fixierten Baukosten gedeckelt sei, als Pauschalhonorar und als Festpreis im Vertrag festgelegt sei. Die gegenständliche Ausschreibung stimme beim anzubietenden Honorar auf die Baukosten laut Kostenrahmen des vorliegenden Gesamtkonzeptes auf die Summe von Euro 213,5 Millionen ab. Die Erhöhung der Projekte- bzw. Baukosten sei äußerst kalkulationsrelevant und hätte damit - wären diese Umstände bereits vor der Ausschreibung bekannt gewesen - einen wesentlichen anderen Ausschreibungsinhalt sowie ein wesentlich anderes Angebot zur Folge gehabt. Es liege daher ein zwingender Widerrufsgrund gemäß Paragraph 139, Absatz eins Z, 2 BVergG für die gegenständliche Ausschreibung vor.

Mit Schriftsatz vom 16.1.2013 brachte der Auftraggeber vor, dass unter Berücksichtigung der Argumentationslinie des Antragstellers zum Faktor 10 bei der Kalkulation auf Personalbasis offenbar zuerst die Kosten geschätzt worden seien. Davon ausgehend sei festgelegt worden, wie viel Personal zum Einsatz kommen sollte. Es handle sich dabei offensichtlich um eine Schutzbehauptung, zumal in der Praxis diese Kalkulation umgekehrt vorgenommen werde. Zunächst würde der Personaleinsatz und daraus resultierend die Kosten kalkuliert.

Auch der Antragsteller habe eingeräumt, dass der Angebotspreis mit dem Personaleinsatz übereinstimme und der von ihm behauptete Rechenfehler seinem Angebot nicht direkt entnommen werden könne. Dieser könne daher vom Auftraggeber im Angebot des Antragstellers weder erkannt noch überprüft werden. Auch dies spreche für eine Fehleinschätzung des erforderlichen Aufwandes durch den Antragsteller.

Die nunmehr vertretene Argumentationslinie des Antragstellers, beabsichtigt zu haben, eine Mannmonatspauschale von Euro 1.229,- anzubieten, würde auf einen völlig unangemessenen, niedrigen mittleren Netto-Stundensatz von Euro 7,68 hinauslaufen. Das Brutto-Mindestgehalt einer Hilfskraft im ersten Beschäftigungsjahr liege laut

Kollektivvertrag für Angestellte bei Wirtschaftstreuhändern derzeit bei Euro 1.247,20. Die nunmehr korrigierte Mannmonatspauschale sei keinesfalls kostendeckend und stünde im krassen Widerspruch zu den angebotenen Stundensätzen laut Preisblatt E2. Aufgrund des Verstoßes gegen die kollektivvertraglichen Bestimmungen beim zu zahlenden Mindestentgelt sei das Angebot des Antragstellers gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. Die nunmehr vertretene Argumentationslinie des Antragstellers, beabsichtigt zu haben, eine Mannmonatspauschale von Euro 1.229,-- anzubieten, würde auf einen völlig unangemessenen, niedrigen mittleren Netto-Stundensatz von Euro 7,68 hinauslaufen. Das Brutto-Mindestgehalt einer Hilfskraft im ersten Beschäftigungsjahr liege laut Kollektivvertrag für Angestellte bei Wirtschaftstreuhändern derzeit bei Euro 1.247,20. Die nunmehr korrigierte Mannmonatspauschale sei keinesfalls kostendeckend und stünde im krassen Widerspruch zu den angebotenen Stundensätzen laut Preisblatt E2. Aufgrund des Verstoßes gegen die kollektivvertraglichen Bestimmungen beim zu zahlenden Mindestentgelt sei das Angebot des Antragstellers gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden.

Die Judikatur beziehe sich bei Rechenfehlern auf dem Angebot selbst entnehmbare Fehler. Der behauptete Rechenfehler im Angebot des Antragstellers könne jedoch diesem nicht entnommen werden, sodass auch kein evidenter Fehler im Erklärungsakt vorliege. Es könne in einem solchen Fall keine Korrektur durch den Auftraggeber vorgenommen werden. Eine Berichtigung entfalle daher beim vom Antragsteller behaupteten Rechenfehler.

Dem Argument des Antragstellers zu folgen, sein Angebot widerspreche nicht den Bestimmungen in Punkt 12.1 des Teils C der Ausschreibungsbestimmungen, würde bedeuten, dass dem Angebot des Antragstellers nicht entnommen werden könne, welche Vergütung für die Leistungen gemäß Position 1 und Position 2 gefordert werde. Damit wäre das Angebot des Antragstellers unbestimmt im Sinne von § 869 ABGB, nicht annahmefähig und daher auszuscheiden. Dem Argument des Antragstellers zu folgen, sein Angebot widerspreche nicht den Bestimmungen in Punkt 12.1 des Teils C der Ausschreibungsbestimmungen, würde bedeuten, dass dem Angebot des Antragstellers nicht entnommen werden könne, welche Vergütung für die Leistungen gemäß Position 1 und Position 2 gefordert werde. Damit wäre das Angebot des Antragstellers unbestimmt im Sinne von Paragraph 869, ABGB, nicht annahmefähig und daher auszuscheiden.

Auch wenn der Antragsteller - wie von ihm nunmehr vorgebracht - für die Position 1 das vertraglich maximal zulässige Honorar anbieten würde (0,6 % der Bemessungsgrundlage von Euro 227,2 Mio), laufe dies auf ein Honorar bei der Position 3 von 0,0 % der Bemessungsgrundlage (Euro 213,5 Mio) hinaus, womit bei Position 3 ein Honorar von 0 Euro angeboten würde. Dies sei jedenfalls nicht angemessen als Entgelt für 554,5 Mannmonate und als unplausibel zu werten. Damit sei der Ausscheidenstatbestand gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG verwirklicht. Auch wenn der Antragsteller - wie von ihm nunmehr vorgebracht - für die Position 1 das vertraglich maximal zulässige Honorar anbieten würde (0,6 % der Bemessungsgrundlage von Euro 227,2 Mio), laufe dies auf ein Honorar bei der Position 3 von 0,0 % der Bemessungsgrundlage (Euro 213,5 Mio) hinaus, womit bei Position 3 ein Honorar von 0 Euro angeboten würde. Dies sei jedenfalls nicht angemessen als Entgelt für 554,5 Mannmonate und als unplausibel zu werten. Damit sei der Ausscheidenstatbestand gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG verwirklicht.

Nach der Judikatur des BVA sei bereits bei einem Rechenfehler in geringem Ausmaß von der Unzuverlässigkeit eines Bieters auszugehen. Beim Rechenfehler im Angebot des Antragstellers, der mehr als 300 % des vom Antragsteller nunmehr behaupteten Angebotspreises betrage, liege eine mangelnde Zuverlässigkeit des Antragstellers vor. Dies gelte insbesondere für das nunmehrige Vorbringen des Antragstellers im Hinblick auf die unter dem Kollektivvertrag liegende Mannmonatspauschale. Selbst wenn ein zwingender Widerrufsgrund vorliegen würde, wäre die Ausscheidensentscheidung zulasten des Antragstellers nicht rechtswidrig. Abgesehen davon würden laut Rechnungshofbericht die Gesamtkosten bei brutto maximal Euro 487,33 Mio liegen. Während der Ausschreibung seien keine wesentlichen Änderungen der Projekt- und Baukosten eingetreten. Bei einem zu Recht erfolgten Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers würde diesem kein Schaden entstehen, sodass es nach der Judikatur des VwGH dem Antragsteller an der Antragslegitimation für die Relevierung eines Widerrufsgrundes fehle.

In der mündlichen Verhandlung am 18.1.2013 hielt der Antragsteller dem Vorbringen des Auftraggebers entgegen, dass die angegebene Mannmonatspauschale ein interner kalkulatorischer Wert sei. Für die Frage, ob ein Unterpreis vorliege, sei lediglich der Angebotspreis maßgeblich. Unter Berücksichtigung des Rechenfehlers (Faktors 10) bei der Mannmonatspauschale ergebe sich zutreffender Weise eine Summe von Euro 1.229,-- (statt von Euro 12.290,--) und eine kalkulatorische Honorarpauschale für die Phasen 1 bis 3 in der

Höhe von Euro 877.607,-- (statt Euro 8.776.070,--). Der

Vorwurf des Unterpreises entbehre jeglicher Grundlage. Zudem hätte der Auftraggeber den Antragsteller in diesem Fall verpflichtend zur Aufklärung auffordern müssen. Dies sei jedoch nicht erfolgt.

Die Preise des Antragstellers seien jedenfalls angemessen, da andernfalls auch bei der Kalkulation der Auftraggebervorgaben von einem Unterpreis auszugehen wäre. Der vom Auftraggeber vorgegebene Kostendeckel von maximal 0,6 % der Baukosten (Euro 227,2 Mio = 1,36 Mio, wenn das gesamte Honorar bis zum Kostendeckel bereits in der Phase 1 anfallen würde) beziehe sich auf die Vorgaben in der Leistungsbeschreibung (Teil B) und denen zum Angebot (Teil D). Diese habe der Antragsteller in seinem Personaleinsatzplan berücksichtigt. Würde dem Personaleinsatzplan des Antragstellers der tatsächlich angebotene Preis für das Honorar in Phase 1 und 3 nach Korrektur des Rechenfehlers zugrundegelegt, käme man richtigerweise auf eine dem Angebot für die Phase 1 und 3 zu Grunde liegende Mannmonatspauschale von Euro 1827,49. Dies entspräche einem Stundensatz von rund Euro 11,50. Bei dem laut Kostendeckel maximal zulässigen Gesamthonorar für die beiden Phasen 1 und 3 würde die Mannmonatspauschale knapp Euro 2.050,-- (Stundensatz Euro 11,50) betragen. Unter Berücksichtigung des Kostendeckels würde man bei der Phase 1 und 3 auf eine Mannmonatspauschale von knapp Euro 2.050,-- und auf einen Stundensatz von Euro 12,81 kommen, der ebenso unterpreisig sei. Damit wäre jedes sich an den in den Ausschreibungsbestimmungen vorgegebenen Kostendeckel haltende Angebot unterpreisig.

Das Honorar für die Phase 2 sei immer richtig mit Euro 68.000,-- ausgewiesen gewesen. Der Antragsteller habe auch ohne Rechenfehler das Honorar für die Phase 1 (2,25%) und 3 (3,38%) im Verhältnis 2:3 angeboten. Die Verfahrensbestimmungen (Teil A.) würden für eine Missachtung des Kostendeckels von 0,6 % der Baukosten kein zwingendes Ausscheiden des Angebotes vorsehen. Außerdem handle es sich bei der Einhaltung des Kostendeckels um keine Regelung in den Verfahrensbestimmungen oder des Teils E2 mit seinen allgemeinen Vorbemerkungen zum Honorarangebot. Der Leistungsvertrag, in dem der Kostendeckel enthalten sei, trete jedoch erst mit Zuschlagserteilung in Kraft. Damit finde der Leistungsvertrag im Vergabeverfahren zum Zeitpunkt vor Zuschlagserteilung keine Anwendung. Dazu werde auf die Judikatur des BVA verwiesen.

Entgegen der Auffassung des Auftraggebers entstünde dem Antragsteller bei Vorliegen eines zwingenden ex-lege Widerrufsgrundes sehr wohl ein Schaden. Dem Antragsteller, der nicht wegen mangelnder Eignung, sondern wegen eines Mangels bei der Angebotserstellung ausgeschieden werde, würde die Möglichkeit verwehrt, auf ein neuerliches Vergabeverfahren hinzuwirken, um an diesem wieder teilnehmen zu können. Damit sei der Antragsteller in seinem subjektiven Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren verletzt. Diesbezüglich werde auf die Judikatur des BVA verwiesen. Da die Nichtigkeitsklärung des Widerrufs keine gesondert anfechtbare Entscheidung sei und dem Antragsteller nach Ausscheiden die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung verwehrt sei, müsse der Antragsteller das Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrundes mit der Ausscheidensentscheidung relevieren können. Der Auftraggeber verwies darauf, dass Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens nicht der Widerruf, sondern die Ausscheidensentscheidung sei. Selbst unter Berücksichtigung des Rechenfehlers sei von einer rechtswidrigen Vorgangsweise des Antragstellers auszugehen. Die viermalige Änderung der Argumentationslinie durch den Antragsteller spreche für eine Schutzbehauptung.

Nach Ansicht des Antragstellers drückte sich der Rechenfehler durchgehend in einem Zahlensturz in der Höhe einer Zehnerpotenz aus. Die vom Auftraggeber vorgehaltene "Argumentationsänderung" laufe auf eine Darstellung des Rechenfehlers (Zahlensturz in der Zehnerpotenz) in den einzelnen Kalkulationsschritten hinaus. Ein Überpreis liege beim Angebot des Antragstellers nicht vor.

Nach Ausführung des Antragstellers (Herr D***) sei das Angebot des Antragstellers von der deutschen A*** und der österreichischen Niederlassung ausgearbeitet worden. Mitgearbeitet hätten Herr D*** und Herr E***, die beide über eine baubetriebswirtschaftliche Ausbildung verfügten. Herr D*** führte zur Angebotserstellung aus, sich zuerst mit den Ausschreibungsunterlagen auseinandergesetzt zu haben. Nach der Fragebeantwortung seien die Grundlagen für die Angebotserstellung geschaffen worden. Nach diesen sei das Angebot erstellt worden. Besonderes Augenmerk habe man auf die Obergrenze von 0,6 %, die als Kostendeckel eindeutig in der Ausschreibung festgelegt worden sei, gelegt. Dieser Kostendeckel sei jedenfalls beachtet worden. Bei den über 150 im Jahr erstellten Angeboten sei nicht auszuschließen, dass sich einmal ein Rechenfehler in einem Angebot einschleichen würde. Beim während der

Vorweihnachtszeit durch die deutsche Niederlassung ausgearbeiteten Angebot sei eine "Vier-Augen-Kontrolle" vorgenommen worden. Die Endfassung sei durch Herrn D*** überprüft worden. Der Gedanke, von vornherein höher anzubieten, um in der Folge mit dem Auftraggeber verhandeln zu können, sei nicht vorherrschend gewesen.

Herr D*** (Antragsteller) betonte, dass Zahlen und Baukosten in der Branche des Antragstellers eine wesentliche Rolle spielen würden. Bei der Kalkulation sei auf EDV-technische Mittel zurückgegriffen worden. Der im ersten Moment für den Antragsteller nicht erkennbare Rechenfehler sei eigentlich in der Mannmonatspauschale passiert und habe sich in der Folge durch das ganze Angebot gezogen. Zu den Ausführungen des Antragstellers im Schriftsatz, die Baukosten in der Phase 3 in der Höhe von Euro 213,5 Mio und Euro 21,35 Mio betreffend, konnten von Herrn D*** keine Ausführungen gemacht werden. Diese Beträge waren für ihn auch nicht erklärlich.

Nach Herrn D*** Ansicht sei der Faktor 10 Basis des Rechenfehlers gewesen. Die Kalkulationsgrundlagen, aus denen sich der Rechenfehler mit dem Faktor 10 ergebe, seien dem Angebots nicht beigelegt worden. Dies sei auch nach den Ausschreibungsunterlagen nicht erforderlich gewesen. Es seien nur die Endbeträge in das Preisblatt eingetragen worden. Herrn D***, der das Endangebot in Österreich in formaler Hinsicht geprüft habe, seien daher auch nur die Endbeträge bekannt gewesen. Den Rechenvorgang mit den betriebsinternen mathematischen Vorgängen habe Herr D*** nicht kontrolliert. Die diesbezüglichen Unterlagen befänden sich in Deutschland und seien von mehreren, einschlägig ausgebildeten Mitarbeitern in einem Team bearbeitet worden. Beim für die Angebotserstellung herangezogenen Aufwandsfaktor (Zusammensetzung) für die Phase 1 (Punkt 1.4 im Schriftsatz vom 4.1.2013 bzw. Beilage B zum Protokoll Punkt 1.2.) handle es sich um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Bei der vorgenommenen Rundung beim Betrag von Euro 721.663,49 auf Euro 721.630 € (Schriftsatz vom 4.1.2013, Seite 2, Punkt 1.3) handle es sich um unternehmerische Entscheidungen. Dies sei unter Berücksichtigung des Gesamtangebotes zu beurteilen. Es bestehe der Grundsatz der freien Kalkulation. Die im Preisblatt aufscheinenden 3,38 % im Vergleich zur in der Ausschreibungsvorgabe aufscheinenden Höchstgrenze von 0,6 % konnte sich Herr D*** nicht erklären. Der Rechenfehler beruhe auf dem Faktor 10.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslagerörmisch eins. Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit dem BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.02.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVergG idF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr 10/2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 10/2012 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde mit dem Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.02.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG idF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012,, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das nach dem 01.04.2012 eingeleitet worden ist, und für den am 3.12.2012 protokollierten Nachprüfungsantrag die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 (BVergG) heranzuziehen hat. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem

gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das nach dem 01.04.2012 eingeleitet worden ist, und für den am 3.12.2012 protokollierten Nachprüfungsantrag die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, (BVergG) heranzuziehen hat.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabesamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabesamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Republik Österreich. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG, der auf Grund des geschätzten Auftragswertes den relevanten Schwellenwert überschreitet, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, das in Form eines Verhandlungsverfahrens durchgeführt wird. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Republik Österreich. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG, der auf Grund des geschätzten Auftragswertes den relevanten Schwellenwert überschreitet, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, das in Form eines Verhandlungsverfahrens durchgeführt wird.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabesamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit b B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabesamtes 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, Litera b, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabesamt damit gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabesamt damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Da der Nachprüfungsantrag auch die Voraussetzungen des § 322 BVergG erfüllt, ist insoweit von der Zulässigkeit auszugehen. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Da der Nachprüfungsantrag auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, BVergG erfüllt, ist insoweit von der Zulässigkeit auszugehen. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet.

III. Zu Spruchpunkt I. römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch eins.

1. Vorgaben in der Ausschreibung zum 1. Angebot

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). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. 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 maßgeblich (vgl VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018; ebenso BVA 10.9.2012, N/0071-BVA/04/2012; 5.3.20012, N/0011/04/2012-15; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27 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). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. 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 maßgeblich vergleiche VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018; ebenso BVA 10.9.2012, N/0071-BVA/04/2012; 5.3.20012, N/0011/04/2012-15; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27 uva.).

Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024, 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.3.2012, N/0011-BVA/04/2012-15; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.] aufgrund der oben wiedergegebenen, mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Bestimmungen (VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; 1.10.2008, 2005/04/2004) der Einladung zur Angebotsabgabe davon ausgehen, dass gemäß Punkt 12 des Teils C (Vertragsbestimmungen) die Honorarobergrenze von 0,6% der Baukosten durch das angebotenen Honorar nicht überschritten werden darf.

Die Deckelung des anzubietenden Honorars in der Ausschreibung mit 0,6% bestätigte auch der in der österreichischen Niederlassung tätige und mit dem Angebot vertraute Mitarbeiter des Antragstellers, Herr D***, in der mündlichen Verhandlung am 18.1.2013. Dieser betonte, dieser Deckelung besonderes Augenmerk geschenkt und diese Obergrenze beachtet zu haben. Das Argument des Antragstellers, der Kostendeckel von 0,6% sei nur im Leistungsvertrag, nicht aber in den Verfahrensbestimmungen (Teil A) oder in den allgemeinen Vorbemerkungen zum Honorar (Teil E) enthalten und trete daher erst mit Zuschlagserteilung in Kraft, steht nicht nur in Widerspruch zur Aussage des mit dem Angebot vertrauten Mitarbeiters des Antragstellers, sondern ist auch nicht nachvollziehbar. Die Ausschreibungsunterlagen sind in ihrer Gesamtheit Grundlage für die Angebotserstellung. Aus Punkt

12.1. (Allgemeines) der Vertragsbestimmungen (Teil C) ergibt sich auch nicht, dass die Deckelung von 0,6% für das Honorar nur für den Zeitpunkt nach Zuschlagserteilung gelten würde. Vielmehr geht aus der Wortfolge "nach Maßgabe der folgenden Regelung" in der zitierten Bestimmung hervor, dass für das Preisangebot die Obergrenze von 0,6 % der Baukosten gilt, für die die nachfolgend angeführte Formel gilt. Gemäß Punkt 16 der Verfahrensordnung (Teil A) sind die Ausschreibungsbestimmung dem Angebot vorbehaltlos zugrunde zu legen.

Bei Überschreiten dieser Obergrenze liegt ein ausschreibungswidriges Angebot vor. Mit dem Bieter eines solchen Angebotes werden im gegenständlichen Verhandlungsverfahren in der Folge gemäß Punkt 23 der Verfahrensordnung keine Verhandlungen geführt. Auch wenn die Ausschreibungsbestimmungen kein explizites Ausscheiden für ein ausschreibungswidriges 1.Angbot im gegenständlichen Verhandlungsverfahren vorsehen, so ergibt sich diese Konsequenz aus § 129 Abs.1 Z 7 BVergG. Diese Bestimmung gilt im Sinne der in § 19 Abs.1 BVergG verankerten allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens. Bei Überschreiten dieser Obergrenze liegt ein ausschreibungswidriges Angebot vor. Mit dem Bieter eines solchen Angebotes werden im gegenständlichen Verhandlungsverfahren in der Folge gemäß Punkt 23 der Verfahrensordnung keine Verhandlungen geführt. Auch wenn die Ausschreibungsbestimmungen kein explizites Ausscheiden für ein ausschreibungswidriges 1.Angbot im gegenständlichen Verhandlungsverfahren vorsehen, so ergibt sich diese Konsequenz aus Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG. Diese Bestimmung gilt im Sinne der in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verankerten allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens.

Eine besondere Regelung ist in den Ausschreibungsunterlagen für Angebote verankert, denen ein Rechenfehler zugrunde liegt. In diesem Fall ist gemäß Punkt 19 der Verfahrensordnung kein Ausscheiden des rechnerisch fehlerhaften Angebotes, sondern eine Berichtigung auf Aufforderung des Auftraggebers vorgesehen, wobei in der Folge eine Vorreihung des Angebotes ausgeschlossen ist.

2. Das Vorliegen eines Rechenfehlers

2.1. Allgemeines

Das BVergG enthält keine Definition für den Begriff "Rechenfehler". Nach der sich auf Gesetzesmaterialien (RV 1118 BlgNR XXI. GP, 4 zum BVergG 2002) stützenden Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111) handelt es sich bei einem Rechenfehler um eine, mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters. Auf die Richtigkeit der rechnerischen Operation kommt es dabei nicht an. Das

(irrtümliche) Mitaddieren oder Mitübertragen von (nach dem klaren, sonstigen Inhalt des Angebotes nicht mitzuaddierenden) Eventualpositionen stellt einen solchen Rechenfehler dar. Bei dem (irrtümlichen) Einrechnen von Eventualpositionen in den Gesamtpreis ist damit von einem Rechenfehler auszugehen. Das BVerfG enthält keine Definition für den Begriff "Rechenfehler". Nach der sich auf Gesetzesmaterialien Regierungsvorlage 1118 BldNR römisch 21 . GP, 4 zum BVerfG 2002) stützenden Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111) handelt es sich bei einem Rechenfehler um eine, mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters. Auf die Richtigkeit der rechnerischen Operation kommt es dabei nicht an. Das (irrtümliche) Mitaddieren oder Mitübertragen von (nach dem klaren, sonstigen Inhalt des Angebotes nicht mitzuaddierenden) Eventualpositionen stellt einen solchen Rechenfehler dar. Bei dem (irrtümlichen) Einrechnen von Eventualpositionen in den Gesamtpreis ist damit von einem Rechenfehler auszugehen.

Nach den Materialien (RV 1171 BldNR XXII. GP, 69) ist unter einem Rechenfehler aber nicht jeder Irrtum des Bieters, wie beispielsweise die falsche Einschätzung der Höhe der zu tragenden Kosten oder des von ihm getätigten Aufwandes, zu verstehen. Kein Rechenfehler liegt vor, wenn die Gesamtbaustellengemeinkosten mit einer Pauschale für einen statt - wie in der Ausschreibung gefordert - für 17 Monate angeboten worden sind. Eine Berichtigung des Angebotes durch "Hochrechnen" der monatlichen Pauschale auf die geforderten 17 Monate ist daher unzulässig (vgl. VwGH 25.3.2010, 2005/04/0144). Nach den Materialien Regierungsvorlage 1171 BldNR römisch 22 . GP, 69) ist unter einem Rechenfehler aber nicht jeder Irrtum des Bieters, wie beispielsweise die falsche Einschätzung der Höhe der zu tragenden Kosten oder des von ihm getätigten Aufwandes, zu verstehen. Kein Rechenfehler liegt vor, wenn die Gesamtbaustellengemeinkosten mit einer Pauschale für einen statt - wie in der Ausschreibung gefordert - für 17 Monate angeboten worden sind. Eine Berichtigung des Angebotes durch "Hochrechnen" der monatlichen Pauschale auf die geforderten 17 Monate ist daher unzulässig vergleiche VwGH 25.3.2010, 2005/04/0144).

Im Hinblick auf den Transparenzgrundsatz ist der Begriff des Rechenfehlers eng auszulegen. Dafür spricht, dass die allfällige Zulässigkeit der Berichtigung eines Rechenfehlers Bieter zu spekulativer Preisgestaltung verleiten könnte. Auch vor diesem Hintergrund ist eine extensive Interpretation des Begriffes "Rechenfehler" abzulehnen (vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 126 Abs. 4 Rz 37). Aber auch aus der Judikatur des VfGH ergibt sich, dass das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren kein Instrument ist, ein selbst gelegtes - ab Angebotsöffnung verbindliches - Angebot berichtigen zu lassen. Nach der Rechtsmittellinie für öffentliche Auftragsvergaben besteht keine Pflicht, Bieter gegen selbst gelegte Angebote Rechtsschutz zu gewähren oder diesen gar die Möglichkeit einzuräumen, sich vor dem Zuschlag und damit vor dem Vertragsabschluss schützen zu lassen (vgl. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 107 Rz 14). Im Hinblick auf den Transparenzgrundsatz ist der Begriff des Rechenfehlers eng auszulegen. Dafür spricht, dass die allfällige Zulässigkeit der Berichtigung eines Rechenfehlers Bieter zu spekulativer Preisgestaltung verleiten könnte. Auch vor diesem Hintergrund ist eine extensive Interpretation des Begriffes "Rechenfehler" abzulehnen vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 126, Absatz 4, Rz 37). Aber auch aus der Judikatur des VfGH ergibt sich, dass das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren kein Instrument ist, ein selbst gelegtes - ab Angebotsöffnung verbindliches - Angebot berichtigen zu lassen. Nach der Rechtsmittellinie für öffentliche Auftragsvergaben besteht keine Pflicht, Bieter gegen selbst gelegte Angebote Rechtsschutz zu gewähren oder diesen gar die Möglichkeit einzuräumen, sich vor dem Zuschlag und damit vor dem Vertragsabschluss schützen zu lassen vergleiche Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 107, Rz 14).

Rechenfehlern ist aber auch im Zusammenhang mit der vorzuliegenden Zuverlässigkeit Bedeutung beizumessen. Bilden anspruchsvolle, betriebswirtschaftlich - kaufmännische Aufgabenstellungen den Gegenstand eines Auftrages, so muss ein für diese Vergabe in Betracht kommender Bieter Gewähr für die Einhaltung eines strengen kaufmännischen und betriebswirtschaftlichen Sorgfaltsmaßstabes, insbesondere hinsichtlich der kalkulatorischen Sorgfalt bieten können [vgl. Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rz 1385].

2.2. Angebot des Antragstellers

Ebenso wie bei der Interpretation der Ausschreibungsunterlagen für das 1. Angebot ist für die Interpretation von Willenserklärungen des Bieters und damit für das Angebot des Antragstellers der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH 25.1.2011, 2006/04/0200;

16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 10.9.2012, N/0071-BVA/04/2012-32;

5.3.2012, N/0011-BVA/04/2012-15).

Dem Angebot des Antragstellers lag das oben dargestellte Preisangebot (Teil E2 - Preisblatt) bei, dem das angebotene Honorar zu entnehmen war. Im Angebot des Antragstellers schien für die Phase 1 lediglich der Pauschalfixpreis von Euro 1.490.000,-- auf. Für die Phase 3 waren im Preisblatt des Antragstellers ein Honorarprozentsatz von 3,38% und eine Honorarsumme von Euro 7.216.300,-- angegeben. Durch Addition der angebotenen Honorarsummen für die Phase 1 (Euro 1.490.000,--), Phase 2 (Euro 68.000,-- für 8 Monate, mit 8.500,-- pro Monat) und Phase 3 (Euro 7.216.300,--) ergibt sich der rechnerisch richtige Betrag von Euro 8.774.300,--, der auch im Preisblatt des Antragstellers aufscheint. Eventuelle diesen Beträgen zugrundeliegende Kalkulationsvorgänge oder Grundlagen in Form von Excel-Tabellen, auf die sich der Antragsteller in seinen Schriftsätzen berief, und die nach seinem Vorbringen zur innerbetrieblichen Kalkulation benutzt worden seien, lagen dem Angebot nicht bei. Dies bestätigte auch der Mitarbeiter des Antragstellers, Herr D***, in der mündlichen Verhandlung am 18.1.2013, der einräumte, dass nur die Endbeträge im Preisblatt eingetragen worden seien. Die diesen Endbeträgen zugrundeliegenden Rechenvorgänge in den Kalkulationsgrundlagen seien dem Angebot nicht beigelegt und auch nach den Ausschreibungsbestimmungen nicht beizulegen gewesen.

Unter Zugrundlegung des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes konnte sich für den Auftraggeber daher auf Grund der Angaben im Preisangebot des Antragstellers kein Ansatzpunkt für eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Antragstellers ergeben. Dass dem für die Phase 1 angebotenen, im Preisblatt als Endbetrag aufscheinenden Honorarpauschalfixpreis (Euro 1.490.000,--) - wie vom Antragsteller behauptet - ein Rechenfehler in der vom Antragsteller offenbar nur zur internen Kalkulation benutzten Excel-Tabelle zugrunde liegen würde, ist dem Angebot des Antragstellers an keiner Stelle entnehmbar. Im Angebot scheint nicht auf, dass - wie vom Antragsteller vorgebracht - anstatt des zu kalkulierenden Prozentsatzes von 0,22% der Baukosten (daraus würde sich eine Summe von gerundet Euro 490.000,-- ergeben) von ihm versehentlich mit einem Prozentsatz von 2,25 % der Baukosten gerechnet worden wäre (daraus ergibt sich die angebotene, im Angebotspreisblatt des Antragstellers für die Phase 1 aufscheinende Summe von Euro 1.490.000,--).

Dies gilt auch für den angebotenen Honorarbetrag im Preisangebot des Antragstellers für die Phase 3. Auch für diesen Betrag bzw. angegebenen Prozentsatz im Preisblatt des Antragstellers liegt kein Ansatzpunkt für eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Antragstellers vor. Dass für die Phase 3 statt der in der Ausschreibung angegebenen Baukosten in der Höhe von Euro 213,5 Mio - wie vom Antragsteller behauptet - von ihm fälschlicher Weise Baukosten in der Höhe von Euro 21,35 Mio in den internen Kalkulationsgrundlagen herangezogen worden wären, ist dem Angebot des Antragstellers an keiner Stelle entnehmbar.

Es liegt damit keine - aus dem Angebot des Antragstellers ersichtliche - und damit mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung vor, die beispielsweise einem irrtümlichen Mitaddieren oder Mitübertragen von Eventualpositionen, die im betroffenen Angebot ersichtlich sind, gleichzusetzen wäre. Der Antragsteller beruft sich bei seiner Darstellung in seinen Schriftsätzen zu den behaupteten Rechenfehlern, die in seinem Preisangebot als Endbeträge aufscheinenden Honorarendbeträge für die Phase 1 und 3 eingeflossen wären, nur auf bei der betriebsinternen Kalkulation herangezogene Excel-Tabellen (Phase 1) bzw. auf betriebsintern von ihm fälschlicherweise herangezogene Prozentsätze (Phase 3). Die gegenständlich lediglich - wie vom Antragsteller behauptet - auf betriebsinternen Kalkulationsgrundlagen beruhenden Rechenvorgänge können jedenfalls nicht als mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärungen und damit als Rechenfehler im Sinne der Ausschreibung und den Bestimmungen des BVergG qualifiziert werden. Vielmehr ist das Angebot des Antragstellers als ausschreibungswidrig zu werten, da die von ihm angebotene Honorarpauschale eindeutig die in Punkt 12 Teil C (Vertragsbestimmungen) der Ausschreibungsunterlagen festgelegte Grenze um mehrfaches überschreitet. Darin ist nämlich für das angebotene Honorar des Bieters eine Obergrenze von 0,6 % der Baukosten festgelegt.

Die vom Mitarbeiter des Antragstellers, Herrn D***, in der mündlichen Verhandlung am 18.1.2013 vertretene Ansicht, dass der Faktor 10 Basis des Rechenfehlers gewesen sei, ist ebenso wenig aus dem Angebot ersichtlich. Das Honorarangebot des Antragstellers steht auch in Einklang mit dem Personaleinsatzplan, der einen Bestandteil des Angebotes des Antragstellers bildete. Diese Übereinstimmung wurde selbst vom Antragsteller in seinem Schriftsatz nicht in Abrede gestellt.

Vom Vorliegen eines Rechenfehlers ist daher nicht auszugehen. Daran ändert auch das Vorbringen des Antragstellers,

im Angebot nicht zum Ausdruck gebracht zu haben, ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot legen zu wollen, nichts. Die Judikate des Verwaltungsgerichtshofs, in denen davon ausgegangen wurde, dass ein Bieter, der ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen wolle, dies - klar - zum Ausdruck bringen müsse (VwGH 21.3.2011, 2007/04/0007; 25.1.2011, 2006/04/0200; 19.11.2008, 2004/04/0102), bezogen sich einheitlich auf die allgemeine Geschäftsbedingungen des jeweiligen Bieters (AGB), die von den Ausschreibungsbestimmungen abweichen und im Angebot in unterschiedlichen Formen aufschienen. Dieser der zitierten Judikatur zugrundeliegenden Sachverhalte unterscheiden sich grundsätzlich von der Sachverhaltskonstellation im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren.

Darüber hinaus ist das Vorbringen des Antragstellers zum Vorliegen eines Rechenfehlers in sich unschlüssig und daher unglaubwürdig. Zum einen spricht der mit dem Angebot vertraute Mitarbeiter des Antragstellers, Herr D***, in der mündlichen Verhandlung am 18.1.2013 davon, dass Basis des Rechenfehlers der Faktor 10 sei, ihm die Ausführungen des Antragstellers im Schriftsatz zu den Baukosten in der Phase 3 den Betrag von Euro 213,5 Mio und Euro 21,35 Mio betreffend nicht erklärlich seien und dazu keine Ausführungen gemacht werden könnten. Zum anderen geht beispielsweise aus dem Nachprüfungsantrag des Antragstellers vom 3.12.2012 als einleitende Erklärung zum Rechenfehler hervor, dass in der Phase 1 statt des Prozentsatzes von 0,22 % versehentlich ein Prozentsatz von 2,25% für den Honoraranteil gerechnet worden sei. Hierbei handelt es sich nicht um einen Faktor 10, der sich als Fehler in die Kalkulation eingeschlichen hat. Vielmehr ist das Vorbringen des Antragstellers als Schutzbehauptung zu werten. Auch in dieser Hinsicht ist das Vorliegen eines Rechenfehlers zu verneinen.

Für eine Schutzbehauptung des Antragstellers spricht auch die von ihm vorgenommene Rundung beim Betrag von Euro 721.663,49 auf Euro 721.630,-- bei der Darstellung des Rechenfehlers (Schriftsatz vom 4.1.2013, Seite 2, Punkt 1.3), die Herr D*** in der mündlichen Verhandlung am 18.1.2013 als unternehmerische Entscheidung zu rechtfertigen versuchte. Es handelt sich bei dieser Form der vorgenommenen Rundung um keine im Geschäftsverkehr gängige Rundungspraxis. Diese Vorgangsweise spricht vielmehr dafür, dass über den Weg der Rundung der gewünschte, für die Rechtfertigung des Rechenfehlers notwendige Betrag erreicht werden sollte.

Da gemäß Punkt 16 der Verfahrensordnung (Teil A) Alternativ- und Abänderungsangebote als unzulässig zu werten waren, kann beim Angebot des Antragstellers auch nicht von einem zulässigen Alternativangebot ausgegangen werden.

2.3. Aufklärung durch den Auftraggeber

§ 126 Abs.1 BVergG setzt für eine Aufklärungsaufforderung durch den Auftraggeber bei der Prüfung der Angebote entweder Unklarheiten über das Angebot oder die Feststellung von Mängel voraus. Eine Unklarheit über das Angebot besteht, wenn der objektive Erklärungswert eines Angebotes nicht eindeutig ist und mit Hilfe der Interpretationsmethoden der §§ 914ff ABGB vom Auftraggeber nicht ermittelt werden kann. Aufklärung ist bei behebbaren Mängeln zu verlangen, da bei unbehebaren Mängeln eine Aufklärung sinnlos wäre. Zweck der Norm ist, alle erforderlichen Sachverhaltsinformationen zu gewinnen, um eine Entscheidung über das Ausscheiden treffen zu können (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 126 Rz 7ff). Paragraph 126, Absatz eins, BVergG setzt für eine Aufklärungsaufforderung durch den Auftraggeber bei der Prüfung der Angebote entweder Unklarheiten über das Angebot oder die Feststellung von Mängel voraus. Eine Unklarheit über das Angebot besteht, wenn der objektive Erklärungswert eines Angebotes nicht eindeutig ist und mit Hilfe der Interpretationsmethoden der Paragraphen 914 f, f, ABGB vom Auftraggeber nicht ermittelt werden kann. Aufklärung ist bei behebbaren Mängeln zu verlangen, da bei unbehebaren Mängeln eine Aufklärung sinnlos wäre. Zweck der Norm ist, alle erforderlichen Sachverhaltsinformationen zu gewinnen, um eine Entscheidung über das Ausscheiden treffen zu können (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 126, Rz 7ff).

Auch in den Ausschreibungsunterlagen (Punkt 23) der Verfahrensordnung sind eine bei der Angebotsprüfung sich ergebende Unklarheit bzw. das Vorliegen eines Mangels in Verbindung mit seiner Behebbarkeit maßgeblich für eine Aufklärung. In diesen Fällen werden die Bieter zur Aufklärung bzw. Verbesserung aufgefordert.

Für die Angebotsprüfung hat der Auftraggeber gemäß § 122 BVergG auf die C*** als sachverständigen Prüfer zurückgegriffen. Diese hat nach Angebotsöffnung das Angebot des Antragstellers auch rechnerisch geprüft und festgestellt, dass der Antragsteller mit seinem Honorar die gemäß Punkt 12 Teil C (Vertragsbestimmungen) der Ausschreibungsunterlagen festgelegte Grenze (0,6 % der Baukosten) um mehr als das 3- fache überschritten hat. Das

Honorarangebot steht auch im Einklang mit dem Personaleinsatzplan, der einen Bestandteil des Angebotes des Antragstellers bildete. Diese Übereinstimmung wurde selbst vom Antragsteller in seinem Schriftsatz nicht in Abrede gestellt. Beim Angebot des Antragstellers lag daher im Hinblick auf die Überschreitung der genannten Honorargrenze weder eine Unklarheit noch ein behebbarer Mangel vor, die gemäß den Ausschreibungsunterlagen (Punkt 23 der Verfahrensordnung) bzw. §126 BVergG eine Voraussetzung für eine Aufforderung zur Aufklärung darstellen. Vielmehr war das Angebot des Antragstellers - wie oben dargestellt - als ausschreibungswidrig zu qualifizieren und wurde zu Recht ausgeschieden. Für die Angebotsprüfung hat der Auftraggeber gemäß Paragraph 122, BVergG auf die C*** als sachverständigen Prüfer zurückgegriffen. Diese hat nach Angebotsöffnung das Angebot des Antragstellers auch rechnerisch geprüft und festgestellt, dass der Antragsteller mit seinem Honorar die gemäß Punkt 12 Teil C (Vertragsbestimmungen) der Ausschreibungsunterlagen festgelegte Grenze (0,6 % der Baukosten) um mehr als das 3-fache überschritten hat. Das Honorarangebot steht auch im Einklang mit dem Personaleinsatzplan, der einen Bestandteil des Angebotes des Antragstellers bildete. Diese Übereinstimmung wurde selbst vom Antragsteller in seinem Schriftsatz nicht in Abrede gestellt. Beim Angebot des Antragstellers lag daher im Hinblick auf die Überschreitung der genannten Honorargrenze weder eine Unklarheit noch ein behebbarer Mangel vor, die gemäß den Ausschreibungsunterlagen (Punkt 23 der Verfahrensordnung) bzw. §126 BVergG eine Voraussetzung für eine Aufforderung zur Aufklärung darstellen. Vielmehr war das Angebot des Antragstellers - wie oben dargestellt - als ausschreibungswidrig zu qualifizieren und wurde zu Recht ausgeschieden.

Aber selbst wenn der Antragsteller zur Aufklärung hätte auffordern müssen, wäre für den Antragsteller nichts gewonnen, zumal entgegen seinem Vorbringen - wie oben dargestellt - kein Rechenfehler vorliegt, sondern vielmehr von einem ausschreibungswidrigen Angebot auszugehen ist. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zum Argument des Antragstellers, mit der Ausscheidensentscheidung die nicht gesondert anfechtbare Entscheidung des Vorliegens eines zwingenden Widerrufs anzufechten, die im Übrigen auf eine Unterlassung des Auftraggebers hinauslaufe, und nach den strengen Vorgaben der Judikatur zum Vorliegen einer anfechtbaren Auftraggeberentscheidung zu beurteilen wäre, wird darauf hingewiesen, dass der gegenständlichen Ausschreibung ein Verhandlungsverfahren zugrunde liegt. Bei einem solchen Vergabeverfahren kann gemäß § 25 Abs. 5 BVergG über den gesamten Auftragsinhalt und über den gesamten Leistungsinhalt (§ 105 Abs. 1 BVergG) verhandelt werden. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sind gemäß Punkt 23 der Verfahrensordnung (Teil A) nach der Abgabe des 1. Angebotes, Verhandlungen mit den Bietern eines ausschreibungskonformen Angebotes geplant. Zum Argument des Antragstellers, mit der Ausscheidensentscheidung die nicht gesondert anfechtbare Entscheidung des Vorliegens eines zwingenden Widerrufs anzufechten, die im Übrigen auf eine Unterlassung des Auftraggebers hinauslaufe, und nach den strengen Vorgaben der Judikatur zum Vorliegen einer anfechtbaren Auftraggeberentscheidung zu beurteilen wäre, wird darauf hingewiesen, dass der gegenständlichen Ausschreibung ein Verhandlungsverfahren zugrunde liegt. Bei einem solchen Vergabeverfahren kann gemäß Paragraph 25, Absatz 5, BVergG über den gesamten Auftragsinhalt und über den gesamten Leistungsinhalt (Paragraph 105, Absatz eins, BVergG) verhandelt werden. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sind gemäß Punkt 23 der Verfahrensordnung (Teil A) nach der Abgabe des 1. Angebotes, Verhandlungen mit den Bietern eines ausschreibungskonformen Angebotes geplant.

IV. Zu Spruchpunkt II. römisch vier. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG idGF hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit zu entrichtenden Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 2 leg.cit besteht, wenn dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben bzw dieser nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG idGF hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit zu entrichtenden Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen

Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg.cit besteht, wenn dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben bzw dieser nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Wie sich aus den oben angeführten Spruchpunkt I. ergibt, hat der Antragsteller auch nicht teilweise im Sinne von § 319 Abs. 1 BVergG idGF obsiegt, sodass der Auftraggeber auch nicht im ordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten war und der diesbezügliche Antrag des Antragstellers abzuweisen war. Wie sich aus den oben angeführten Spruchpunkt römisch eins. ergibt, hat der Antragsteller auch nicht teilweise im Sinne von Paragraph 319, Absatz eins, BVergG idGF obsiegt, sodass der Auftraggeber auch nicht im ordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten war und der diesbezügliche Antrag des Antragstellers abzuweisen war.

Zuletzt aktualisiert am

05.03.2013

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