

TE Verg Bescheid 2012/11/19 N/0094-BVA/03/2012-19

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.11.2012

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §106 Abs6

BVergG 2006 §108 Abs1 Z4

BVergG 2006 §108 Abs2

BVergG 2006 §123 Abs1

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs1 z7

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §322 Abs1,

ABGB §§914FF

B-VG Art 14b Abs2 Z1 litb

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, Dr. Sibyll Andrea Böck sowie die Beisitzer Sabine Prewein, MAS als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "SKA - RZ Bad Aussee - Zu- und Umbau - Lüftungstechnik" des Auftraggebers Pensionsversicherungsanstalt, Friedrich Hillegeist Straße 1, 1021 Wien, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte, vom 4. Oktober 2012, wie folgt entschieden:

SPRUCH

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, "die Entscheidung der Auftraggeberin, im Vergabeverfahren "SKA - RZ Bad Aussee - Zu- und Umbau - Lüftungstechnik" das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, für nichtig zu erklären"

wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag der A***, auf Ersatz der Pauschalgebühren wird abgewiesen.

BEGRÜNDUNG

Die Antragstellerin stellte am 4.10.2012 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Gebührenersatz, auf Akteneinsicht und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, die Entscheidung der Auftraggeberin vom 28.09.2012, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, sei rechtswidrig, da die von der Auftraggeberin angeführten Ausscheidensgründe, nämlich anlässlich der Aufforderung zur Nachreichung von Unterlagen bzw. hinsichtlich der Aufklärung zu den Wartungspositionen und zu den mit Euro 0,00 ausgepreisten Positionen nur teilweise entsprechende Erläuterungen abgegeben zu haben, keine weiteren Erläuterungen zu den mit Euro 0,00 ausgepreisten Positionen erfolgt seien und daher keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt werden konnte, darüber hinaus die im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung durchgeführte Prüfung der Angemessenheit der Wartungspreise in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen diese zu erbringen waren, ergeben habe, dass die bekannt gegebenen kalkulierten Zeitaufwendungen in Anbetracht der verpflichtend durchzuführenden Wartungsarbeiten lt. Wartungskatalog unrealistisch seien und somit keine ausreichende, plausible und nachvollziehbare Aufklärung hinsichtlich der Wartungspositionen und der diversen mit Euro 0,00 ausgepreisten Positionen erfolgt sei, nicht zutreffen würden.

Ergänzend führte die Antragstellerin aus, sie sei ein seit Jahrzehnten bestehendes Installationsunternehmen mit Sitz in Linz, das sich unter anderem auch auf die Durchführung von Installationsarbeiten im Gesundheitsbereich (Krankenhäuser, Kuranstalten und dergleichen) spezialisiert habe. Sie habe sich am oben bezeichneten Vergabeverfahren, das am 28.07.2012 bekanntgemacht worden sei, beteiligt und frist- und formgerecht ein Angebot gelegt. Mit E-Mails vom 29.08.2012, 03.09.2012 und 13.09.2012 habe die Auftraggeberin bzw. im Namen der Auftraggeberin das von dieser beauftragte Planungsbüro B*** um ergänzende Aufklärungen ersucht, wobei im letzten

dieser Mails einerseits die von der Antragstellerin mit Euro 0,00 ausgepreisten Positionen und andererseits die Wartungspreise thematisiert worden seien. Sämtlichen Aufklärungsersuchen sei fristgerecht entsprochen worden. Mit Telefax vom 28.09.2012 sei der Antragstellerin jedoch die Ausscheidung mitgeteilt worden.

Die Auftraggeberin habe Aufklärungen über die Positionen verlangt, die von der Antragstellerin mit E 0,00 angeboten worden seien. Die Antragstellerin habe dazu angegeben, dass der betreffende Einheitspreis entweder in der zuvor angeführten Position bereits enthalten gewesen sei bzw. eingerechnet worden sei, oder in einer anderen angeführten Position eingerechnet oder im Gesamtstoffzuschlag aller Positionen berücksichtigt worden sei, wobei die Antragstellerin bereits in ihrem Angebot bei allen Positionen, die mit E 0,00 angeboten worden seien, jeweils ergänzt habe, in welcher Position bzw. welchen Positionen der jeweilige Einheitspreis eingerechnet worden sei.

Nicht erkennbar sei daher, aus welchem Grund diese Aufklärung der Aufforderung zur Darlegung der Hintergründe der mit E 0,00 angebotenen Positionen nicht entspreche.

Auch sei die gewünschte Aufklärung hinsichtlich der Kalkulation für die Wartungsarbeiten ausführlich begründet und unter Übermittlung der entsprechenden Unterlagen erteilt worden. Wenn zu diesem Punkt in der bekämpften Entscheidung ausgeführt werde, dass die kalkulierten Aufwendungen unrealistisch wären, so bleibe die Auftraggeberin jede Begründung für diese Behauptung schuldig. Die gesamte Kalkulation der Wartungskosten durch die Antragstellerin sei unter Berücksichtigung sämtlicher maßgeblicher Aspekte nachvollziehbar, wobei der Antragstellerin aufgrund ihrer Erfahrung in diesem Bereich durchaus zugemutet werden könne, den tatsächlichen Aufwand realistisch abzuschätzen. Wie ebenfalls bereits bei Beantwortung der Anfragen dargelegt, sei bei der Kalkulation auch berücksichtigt worden, dass die Antragstellerin gerade im Begriff sei, eine eigene Wartungsabteilung aufzubauen, wobei eine eigene Wartungsabteilung einerseits eine günstigere Kalkulation ermögliche und andererseits für diese Abteilung der gegenständliche Auftrag ein wichtiges Referenzprojekt wäre. Der Umstand, dass seitens der Mitbewerber teilweise durch nichts gerechtfertigte und um ein Vielfaches höhere Preise angeboten worden seien, ändere daran nichts. Tatsache sei, dass das Angebot der Antragstellerin insgesamt um E 10.000,00 - das entspreche nicht einmal 1 % - unter dem nächstbesten Angebot, das nach dem Wissensstand der Antragstellerin nicht ausgeschieden worden sei, liege. Wieso angesichts des knappen Ergebnisses das Angebot der Antragstellerin nicht plausibel sein solle, sei nicht erkennbar.

Nicht erkennbar sei für die Antragstellerin, warum eine vertiefte Angebotsprüfung hinsichtlich der mit Euro 0,00 angebotenen Positionen nicht möglich sein solle. Tatsache sei, dass die Antragstellerin bereits im Angebot durch entsprechende Anmerkungen im Leistungsverzeichnis dargelegt habe, warum eine konkrete Position mit Euro 0,00 angeboten worden sei und in welcher anderen Position die betroffene Position enthalten sei. Dabei sei es ohne weiteres nachvollziehbar, dass dann, wenn eine bestimmte Leistung bereits in einer anderen Position enthalten und mit dem Einheitspreis dieser Position abgedeckt sei, nicht zusätzlich gesondert ausgepreist werden könne, und sei daher eine vertiefte Angebotsprüfung - durch Einbeziehung der Position, in der diese Position eingepreist sei - ohne weiteres möglich. Demgemäß seien die verlangten Aufklärungen erteilt worden und seien die Aufklärungen durch die Antragstellerin auch durchaus nachvollziehbar begründet und sei eine vertiefte Angebotsprüfung ohne weiteres möglich. Weil das Angebot darüber hinaus vollständig sei und der Ausschreibung nicht widerspreche und von einem nicht plausiblen Gesamtpreis keine Rede sein könne, sei die Ausscheidung zu Unrecht erfolgt.

Mit Schriftsatz vom 31.10.2012 führte die Antragstellerin ergänzend aus, soweit die Auftraggeberin vorbringe, dass die Aufklärung durch die Antragstellerin unzureichend gewesen sei, dem zu entgegnen sei, dass diese nicht nach Gutdünken von einzelnen Bietern irgendwelche Aufklärungen verlangen könne, sondern dass jedes Aufklärungsersuchen zunächst einen aufzuklärenden Punkt voraussetze.

Wie die Auftraggeberin selbst vorbringe, habe sie in ihrem Aufklärungsersuchen eine "Verlagerung" von Kostenanteilen in andere Kalkulationspositionen unterstellt, woraufhin die Antragstellerin in ihrem Antwortschreiben klargestellt habe, dass eine derartige Darstellung über die bereits im Angebot selbst enthaltene Darstellung, in welcher Position die mit Euro 0,00 angebotenen Position enthalten sei, nicht möglich sei. Die Angabe, dass eine Position in einer oder mehreren anderen Positionen enthalten sei, sei erschöpfend. Die Auftraggeberin lege nicht dar, welche weiterführende Aufklärung erfolgen solle.

Es treffe nicht zu, dass jedes Angebot, das mit Euro 0,00 angebotene Positionen enthalte, einen nicht nachvollziehbaren Gesamtpreis enthalte und spekulativ sei, weil ein Positionspreis von Euro 0,00 keineswegs

zwangsläufig bedeute, dass der Preis dieser Position in andere Positionen "eingerechnet" worden sei. Dies sei ja nur dann der Fall, wenn eine bestimmte von der Auftraggeberin vorgesehene Position tatsächlich einen Aufwand darstelle, den der Bieter mehr oder weniger mutwillig in andere Positionen einrechne. Wenn aber eine bestimmte Position für den Bieter keinen Mehraufwand darstelle, sei es nicht nur gerechtfertigt sondern vielmehr zwingend notwendig, dass er die Position mit Euro 0,00 anbiete. Die Alternative bestünde ja darin, dass ein frei erfundener Preis in die Position eingetragen, der kalkulatorisch nicht gerechtfertigt werden könne. Die überwiegende Anzahl der "Euro 0,00-Positionen" würden ausdrücklich als solche bezeichnete Aufzählungspositionen für angenommene Erschwernisse betreffen. Wenn diese Erschwernisse nach Ansicht der Antragstellerin aber keine Erschwernisse darstellen, sei nicht erkennbar, warum eine auch aus Sicht des Bieters nicht rechtfertigbaren Mehraufwand angeboten werden soll. Dies bedeute aber nicht, dass irgendwelche Kosten in andere Positionen eingerechnet würden, sondern nur, dass es diese (Mehr)Kosten nach Ansicht des Bieters nicht gebe.

Darüber hinaus übersehe die Auftraggeberin, dass ein Bieter dann, wenn nach den Vorgaben der Ausschreibung bestimmte Leistungen in die Einheitspreise einzurechnen seien, keine Möglichkeit habe, diese einzurechnenden Leistungen gesondert auszurechnen, ohne gegen die Ausschreibungsbedingungen zu verstoßen.

Wenn daher die Auftraggeberin im vorliegenden Fall vorgegeben habe, dass die Heranziehung kompetenten Fachpersonals in die Einheitspreise einzurechnen sei (Z. 2 des Punktes 2.11), so könne es keinen Ausscheidungsgrund darstellen, wenn die Antragstellerin genau das getan habe und ihr daher keine Kosten mehr anfallen, die unter "Anwesenheit auf der Baustelle" (90 51 02 F) gesondert anzubieten wären. Ebenso seien ua auch die Schutz- und Sicherheitsvorkehrungen für Personen und Sachen im Baustellenbereich (Z. 7 des Punktes 6.2.3 der ÖNORM B 2110) und die sonstigen Vorsorgen zum Schutze des Lebens und der Gesundheit der eignen Arbeitnehmer und sonstiger Personen aufgrund gesetzlicher Vorschriften (Z. 8 des Punktes 6.2.3 der ÖNORM B 2110), der Mehraufwand aufgrund abschnittsweiser Durchführung (Z. 9 des Punktes 111 der Ausschreibung), Aufräum- und Säuberungsarbeiten (Z. 13 des Punktes 2.11 der Ausschreibung) nach den Vorgaben der Ausschreibung in die Einheitspreise einzukalkulieren, was aber zur Folge habe, dass für die Position "Baukoordinationsgesetz-BauKG" (90 51 02 E) keine gesondert anzubietende Leistung mehr vorhanden seien. Gleiches gelte dann, wenn nach den Vorbemerkungen eines Kapitels eine bestimmte Art der Ausführung (etwa Pos. 54 Punkt 2.1. "Erhöhte Anforderung an die Hygiene") zu berücksichtigen seien: Die Antragstellerin habe genau das getan, was aber zwangsläufig zur Folge habe, dass eine "Aufzahlung Luftleitung verz. Hygiene" (Pos 54 01 05 A) nicht angeboten werden könne. Es sei widersinnig, wenn dem Bieter vorgegeben werde, bestimmte Umstände der Leistungserbringung einzukalkulieren und ihn dann auszuschneiden, weil er genau das getan habe. Wenn daher die Auftraggeberin im vorliegenden Fall vorgegeben habe, dass die Heranziehung kompetenten Fachpersonals in die Einheitspreise einzurechnen sei (Ziffer 2, des Punktes 2.11), so könne es keinen Ausscheidungsgrund darstellen, wenn die Antragstellerin genau das getan habe und ihr daher keine Kosten mehr anfallen, die unter "Anwesenheit auf der Baustelle" (90 51 02 F) gesondert anzubieten wären. Ebenso seien ua auch die Schutz- und Sicherheitsvorkehrungen für Personen und Sachen im Baustellenbereich (Ziffer 7, des Punktes 6.2.3 der ÖNORM B 2110) und die sonstigen Vorsorgen zum Schutze des Lebens und der Gesundheit der eignen Arbeitnehmer und sonstiger Personen aufgrund gesetzlicher Vorschriften (Ziffer 8, des Punktes 6.2.3 der ÖNORM B 2110), der Mehraufwand aufgrund abschnittsweiser Durchführung (Ziffer 9, des Punktes 111 der Ausschreibung), Aufräum- und Säuberungsarbeiten (Ziffer 13, des Punktes 2.11 der Ausschreibung) nach den Vorgaben der Ausschreibung in die Einheitspreise einzukalkulieren, was aber zur Folge habe, dass für die Position "Baukoordinationsgesetz-BauKG" (90 51 02 E) keine gesondert anzubietende Leistung mehr vorhanden seien. Gleiches gelte dann, wenn nach den Vorbemerkungen eines Kapitels eine bestimmte Art der Ausführung (etwa Pos. 54 Punkt 2.1. "Erhöhte Anforderung an die Hygiene") zu berücksichtigen seien: Die Antragstellerin habe genau das getan, was aber zwangsläufig zur Folge habe, dass eine "Aufzahlung Luftleitung verz. Hygiene" (Pos 54 01 05 A) nicht angeboten werden könne. Es sei widersinnig, wenn dem Bieter vorgegeben werde, bestimmte Umstände der Leistungserbringung einzukalkulieren und ihn dann auszuschneiden, weil er genau das getan habe.

Es sei auch keine spekulative Preisgestaltung oder ein Widerspruch zur Ausschreibung, wenn einzelne Nebenleistungen in Grundpositionen enthalten seien und daher nicht gesondert ausgewiesen würden. Wenn die Antragstellerin daher die Befestigung von Formstücken in die Einheitspreise der im selben Kapitel vorgesehenen Formstücke einkalkuliert habe, ändere dies weder den Angebots- noch den Abrechnungspreis.

Soweit die Auftraggeberin das Fehlen der Kalkulationsblätter für die Wartung bemängelt, sei festzuhalten, dass das

Fehlen dieser Blätter nicht als Ausscheidungsgrund thematisiert worden sei, diese Kalkulationsblätter unter den gem. Punkt 7.8 der Ausschreibungsbedingungen dem Angebot beizulegenden Unterlagen nicht erwähnt wurden und in Punkt 1.2.1 der Vorbemerkungen ausdrücklich ausgeführt werde, dass die Kalkulationsunterlagen der vergebenden Stelle auf deren Verlangen vorzulegen seien. Im Übrigen könne sich ein Bieter durch die Nachreichung dieser Kalkulationsgrundlagen die Ausgangsposition in keiner Weise verbessern, da der Gesamtpreis der Wartungsarbeiten unbestrittener Weise im Angebot enthalten und die Antragstellerin daran gebunden sei.

Die einzelnen im Wartungskatalog angeführten Tätigkeiten seien nicht Gegenstand des Leistungsverzeichnisses gewesen, sondern sei lediglich die Summe der Wartungstätigkeiten als Jahrespauschale anzubieten gewesen.

Wenn die Auftraggeberin die Kalkulation der Antragstellerin als zu knapp bemängle, sie auszuführen, dass die Ausschreibung bezüglich des Umfangs der Wartungsarbeiten auf die VDMA 24186 verweise. Nach dieser sei aber etwa das Verrücken von Möbeln oder Öffnen von Decken nicht im Arbeitsumfang enthalten, sondern gesondert abzurechnen oder vom Auftraggeber zu bewerkstelligen. Demzufolge sei etwa das Verbringen der Aufstiegshilfe zum Prüfort und das Öffnen der Decke sowie das Schließen der Decke und die Entfernung der Aufstiegshilfe nicht im Wartungsumfang enthalten, sodass nicht sechs Arbeitsschritte sondern nur zwei Arbeitsschritte von der Antragstellerin im Rahmen dieser Position zu setzen seien. Im kalkulierten Zeitraum von durchschnittlich einer halben Minute seien aber eine Funktionskontrolle und das Abhaken in der Wartungsliste, das sinnvollerweise nicht nach jeder einzelnen Prüfung sondern "gesammelt" nach Prüfung in einem Raum oder Stockwerk erfolge, sicherlich zu bewerkstelligen, insbesondere da oftmals nur Sichtkontrollen durchzuführen seien und die zu prüfenden Komponenten größtenteils unmittelbar nebeneinander montiert seien.

Grundsätzlich sei es Sache des jeweiligen Bieters, die im Auftragsfall zu erbringenden Leistungen zu kalkulieren, wobei es einem Bieter keineswegs untersagt sei, aus wirtschaftlichen Überlegungen Leistungen allenfalls zum Selbstkostenpreis zu erbringen. Eine Befugnis der Auftraggeberin, die Bieter dazu zu zwingen, in jede einzelne Position Deckungsbeiträge in einer bestimmten Höhe einzukalkulieren, gebe es aber nicht, sodass selbst der Umstand, dass sich ein Bieter verkalkuliert und somit einzelne Positionen unterpreisig anbiete, nicht zwangsläufig zur Ausscheidung führe.

Auch im vorliegenden Fall sei die Antragstellerin im Falle der Auftragserteilung verpflichtet, die angebotenen Wartungsarbeiten zum angebotenen Preis zu erbringen, ohne dass sie von der Auftraggeberin dazu gezwungen werden könne, im Rahmen dieser Wartungstätigkeiten einen bestimmten Mindestgewinn zu erzielen. Selbst wenn daher einzelne Überprüfungsmaßnahmen letztlich länger dauern sollten, als von der Antragstellerin kalkuliert, habe dies mit einer Spekulation nichts zu tun, da Grundlage der Abrechnung ohnedies nicht der tatsächlich benötigte, sondern der kalkulierte Zeitaufwand sein würde. Worauf die Antragstellerin in diesem Zusammenhang spekuliert haben sollte, werde auch von der Auftraggeberin nicht dargelegt. Angesichts der im Zuge der Angebotseröffnung verlesenen Preise sei eher zu vermuten, dass seitens der Bieter mit exorbitant hohen Wartungspreisen darauf spekuliert worden sei, dass der Wartungspreis nur zu einem relativ geringen Anteil in den zur Bestbieterermittlung herangezogenen Preis einfließe und daher im Falle der Auftragserteilung durch die Wartung ein überhöhter Deckungsbeitrag erzielt werden könne.

Der Versuch der Antragstellerin, durch ein zweifellos äußerst günstig kalkuliertes Wartungsangebot einen Auftrag für die im Aufbau befindliche Wartungsabteilung zu erhalten, habe mit einem spekulativen oder einem der Ausschreibung widersprechenden Angebot daher nichts zu tun, weshalb der Antrag vollinhaltlich aufrecht erhalten werde. Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 8.10.2012 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Mit Schriftsatz vom 10.10. 2012 legte die Auftraggeberin die Originalunterlagen iG vor und führte mit Schriftsatz vom 15.10.2012 ergänzend aus, dass sich die von der Antragstellerin mit Datum 31.8.2012 ergangene Stellungnahme in dem Hinweis, dass "sämtliche Null-Euro Positionen in den Einheitspreisen enthalten sind, siehe Langtext-LV" erschöpfe. Daraufhin sei mit Schreiben vom 13.9.2012 nochmals um diesbezügliche Aufklärung ersucht worden mit dem Hinweis, dass das Offert eine erhebliche Anzahl von 0-Euro-Positionen enthalte, zu denen bis dato keine ausreichende Aufklärung erfolgt sei und diese daher nicht auf Plausibilität geprüft werden könnten. Darüber hinaus sei um detaillierte Stellungnahme ersucht worden, In welchem Ausmaß hier jeweils Kostenanteile in andere Kalkulationspositionen verlagert worden seien. Die in Beantwortung dieses Schreiben ergangene Stellungnahme beschränkte sich wiederum nur auf einen Hinweis auf die in den Ausschreibungsunterlagen und der Auftraggeberin ohnehin bereits bekannten erfolgten Ergänzungen.

Die Auskunft eines Bieters im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung müsse jedoch so vollständig und detailliert sein, dass mit ihr die Unklarheiten bzw. Mangelhaftigkeiten des Angebots beseitigt werden können. Die Antragstellerin habe aber der verlangten Preis-Aufklärung nicht bzw. nicht entsprechend Folge geleistet.

Von der Antragstellerin selbst sei mehrfach außer Streit gestellt worden, dass Preise einzelner Positionen in andere Positionen eingerechnet worden seien. Dies bedeute, dass der Gesamtangebotspreis nicht nachvollziehbar erklärbar bzw. spekulativ sei, da weder der eingerechnete Positionspreis noch jener Positionspreis in den die anderen Positionen eingerechnet worden seien, aus dem Angebot erschließbar sei. Die zur Darstellung der wahren Kosten erforderliche Bereinigung einzelner Positionen würde darüber hinaus zu einer im offenen Verfahren unzulässigen Angebotsänderung führen. Eine derartige Einrechnung bzw. Umlagerung führe zu einer Verschiebung der Kosten der angebotenen Leistungen von nachgefragten Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen und erfülle somit den Tatbestand einer spekulativen Angebotserstellung. In diesem Zusammenhang sei auch darauf verwiesen - nicht zuletzt da es sich bei der Anzahl der mit 0,00 Euro ausgepreisten Positionen sowie der Anzahl der Positionen, in welche Leistungen eingerechnet worden seien, um eine nicht unwesentliche Größenordnung handle - dass durch eventuell eintretende Preisveränderungen auf Grund von Mengenmehrungen die Antragstellerin erhebliche Gewinne erzielen könnte, bzw. im Falle von Mengenminderungen die Reduktion der Preise möglichst gering halten könne. Mangels Kenntnis der Auftraggeberin über die jeweiligen Positionspreise obliege es in diesem Fall ausschließlich der Antragstellerin, Preisveränderungen herbeizuführen. Auch aus diesem Grund liege eine spekulative Preisgestaltung der Antragstellerin vor. Das gegenständliche Angebot weise daher eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf und sei daher von der Auftraggeberin zu Recht auszuschneiden gewesen.

Drüber hinaus sei die Umlagerung von Kosten von Positionen, bei welchen sie auf Grund der Gestattung des Leistungsverzeichnisses anzusetzen gewesen wären, in andere Leistungspositionen als ausschreibungswidrig zu qualifizieren.

Insbesondere sei auch auf Punkt 2.19.4 der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich Mengenmehrungen sowie Punkt 2.19.3 (Minderung von Leistungen) zu verweisen, welche in diesem Zusammenhang auf die ÖNORM B 2110 idF 1.3.2011 verweisen. Durch die erfolgte Mischkalkulation der Antragstellerin könnten sämtliche relevante Positionspreise sowohl hinsichtlich der mit 0,00 Euro ausgepreisten Positionen als auch jener Positionen, in welche diese Leistungen eingerechnet worden seien, nicht ermittelt werden. Im Falle von Mengenmehrungen bzw. Mengenminderungen würde es der Antragstellerin freistehen, einen diesbezüglichen Preis nach ihrem Gutdünken festzusetzen. Dies widerspreche somit eindeutig der ÖNORM B 2110 und somit den Bestimmungen der bestandsfesten Ausschreibung, wonach das Angebot der Antragstellerin auch aus diesem Grund zu Recht von der Auftraggeberin ausgeschieden worden sei. Insbesondere sei auch auf Punkt 2.19.4 der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich Mengenmehrungen sowie Punkt 2.19.3 (Minderung von Leistungen) zu verweisen, welche in diesem Zusammenhang auf die ÖNORM B 2110 in der Fassung 1.3.2011 verweisen. Durch die erfolgte Mischkalkulation der Antragstellerin könnten sämtliche relevante Positionspreise sowohl hinsichtlich der mit 0,00 Euro ausgepreisten Positionen als auch jener Positionen, in welche diese Leistungen eingerechnet worden seien, nicht ermittelt werden. Im Falle von Mengenmehrungen bzw. Mengenminderungen würde es der Antragstellerin freistehen, einen diesbezüglichen Preis nach ihrem Gutdünken festzusetzen. Dies widerspreche somit eindeutig der ÖNORM B 2110 und somit den Bestimmungen der bestandsfesten Ausschreibung, wonach das Angebot der Antragstellerin auch aus diesem Grund zu Recht von der Auftraggeberin ausgeschieden worden sei.

Zur Wartung werde ausgeführt, dass gemäß Position 91 (Wartung) des Leistungsverzeichnisses der Bieter die Einzelpositionen in der beiliegenden Aufstellung auszupreisen gehabt habe und zwar innerhalb und außerhalb der Gewährleistung. Die ausgepreiste Aufstellung sei dem LVZ verpflichtend beizulegen gewesen. Die Antragstellerin habe es aber unterlassen, die verpflichtend auszupreisenden umfangreichen Wartungskataloge dem Leistungsverzeichnis beizulegen. Diese sei erst im Zuge einer Aufklärung von der Antragstellerin am 31.8.2012 nachgereicht worden. Die Wartungskataloge würden an der hierfür vorgesehenen Stelle keine Angabe über den Ort und vor allem das Datum der Erstellung enthalten, wodurch Rückschlüsse auf eine Auspreisung vor oder nach Ablauf der Angebotsfrist nicht durchgeführt werden konnten. Eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung könnte insofern eintreten, als nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten, weil durch die Möglichkeit der Mängelbehebung dem diesbezüglichen Bieter ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt würde. Durch die Nichtvorlage der ausgepreisten

Wartungskataloge (vor und nach Ablauf der Gewährleistungsfrist) zu dem in der bestandsfesten Ausschreibung festgelegten Zeitpunkt ist das Angebot auch als unvollständiges Angebot zu qualifizieren, was einen weiteren Grund darstellt, der verpflichtend zum Ausscheiden des Angebotes führe.

Zur Angemessenheit des Wartungspreises sowohl während als auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist sei auszuführen, dass aufgrund der erheblichen Abweichung der Wartungskosten der Antragstellerin von jenen der übrigen Bieter bzw. dem Kostenanschlag der Auftraggeberin, welche letztendlich zu einem Bietersturz führten, eine vertiefte Angebotsprüfung hinsichtlich der Wartungspositionen durchgeführt worden sei.

Die im Zuge des Aufklärungsversuchens der Auftraggeberin von der Antragstellerin dargelegten Auskünfte hinsichtlich der Kalkulationsgrundlagen zur Durchführung einer Prüfung der Preisplausibilität verwiesen im Wesentlichen auf eine neu gegründete Wartungsabteilung und das in diesem Zusammenhang gegebene Erfordernis von Referenzobjekten sowie die Angabe der Zeitaufwendungen für einzelne Wartungspositionen. Im Zuge einer Preisplausibilitätsprüfung seien sämtliche Zeitansätze einer Überprüfung unterzogen worden mit dem Ergebnis, dass diese in keinster Weise ausreichend seien, um die geforderten Wartungsleistungen auch tatsächlich erfüllen zu können.

Beispielhaft seien folgende Zeitansätze zu erwähnen:

" Position Brandschutzklappen L402,

Wartung vor Ablauf der Gewährleistungsfrist: 3,5 Min/Stk.

Wartung nach Ablauf der Gewährleistungsfrist: 2,0 Min/Stk. Position Kaltrauchsperrern

Zeitaufwand: 0,5 min/Stk. (Wartung vor und nach Ablauf der Gewährleistungsfrist)"

Mit den oben genannten Leistungen seien folgende Tätigkeiten verbunden:

"

- -Strichaufzählung
Aufstiegshilfe zum Prüfort
- -Strichaufzählung
Zwischendecke oder Revisionsöffnung öffnen
- -Strichaufzählung
auf Gängigkeit und Funktion prüfen
- -Strichaufzählung
Prüfung dokumentieren
- -Strichaufzählung
Zwischendecke oder Revisionsöffnung schließen
- -Strichaufzählung
Aufstiegshilfe entfernen".

Im Zuge der durchgeführten Plausibilitätsprüfung des sachverständigen Prüfers C***, welcher über eine umfassende Marktkenntnis verfüge, seien die angegebenen Zeitansätze nicht als erklär- und nachvollziehbar zu werten, wobei auch schon einem Laien erkennbar sein müsse, dass die beschriebenen Tätigkeiten nicht in 30 Sek. erledigt werden könnten.

In Einzelfällen denkbar sei, dass geringe Preisansätze im Zusammenhang mit der Erlangung eines notwendigen Referenzprojektes plausibilisiert werden können, jedenfalls nicht plausibilisiert werden kann dadurch ein geringerer Zeitaufwand für vorgegebene Tätigkeiten, da bestimmte Arbeitsschritte vollzogen werden müssen und diese eben eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen. Weiter nicht erklärbar sei warum ein und dieselbe Verrichtung vor bzw. nach Ablauf der Gewährleistungsfrist eine unterschiedliche Zeitdauer in Anspruch nehmen sollte. Mit den getätigten Zeitanätzen sei eine ordnungsgemäße Durchführung der angebotenen Wartungsleistungen nicht möglich. Nur weil jemand eine Wartungsabteilung aufbaue oder ein Referenzobjekt erlangen wolle, bedeutet dies nicht, dass sein für die ordnungsgemäße Leistungserbringung erforderlicher Zeitaufwand geringer werde. Vielmehr würde dies eher hohe Rabattsätze oder dergleichen rechtfertigen. Da sohin die Wartungspreise nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien, sei auch die Zusammensetzung des Gesamtpreises (spekulative Preisgestaltung) gegeben wodurch das Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 auszuschneiden war. In Einzelfällen denkbar sei, dass geringe Preisansätze

im Zusammenhang mit der Erlangung eines notwendigen Referenzprojektes plausibilisiert werden können, jedenfalls nicht plausibilisiert werden kann dadurch ein geringerer Zeitaufwand für vorgegebene Tätigkeiten, da bestimmte Arbeitsschritte vollzogen werden müssen und diese eben eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen. Weiter nicht erklärbar sei warum ein und dieselbe Verrichtung vor bzw. nach Ablauf der Gewährleistungsfrist eine unterschiedliche Zeitdauer in Anspruch nehmen sollte. Mit den getätigten Zeitansätzen sei eine ordnungsgemäße Durchführung der angebotenen Wartungsleistungen nicht möglich. Nur weil jemand eine Wartungsabteilung aufbaue oder ein Referenzobjekt erlangen wolle, bedeutet dies nicht, dass sein für die ordnungsgemäße Leistungserbringung erforderlicher Zeitaufwand geringer werde. Vielmehr würde dies eher hohe Rabattsätze oder dergleichen rechtfertigen. Da sohin die Wartungspreise nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien, sei auch die Zusammensetzung des Gesamtpreises (spekulative Preisgestaltung) gegeben wodurch das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, auszuschneiden war.

Aus den genannten Ausführungen ergebe sich unzweifelhaft, dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht von der Auftraggeberin auszuschneiden gewesen sei und da somit keine Vergaberechtswidrigkeit der Auftraggeberin vorliegen würden, werde beantragt, sämtliche Anträge der Antragstellerin kostenpflichtig abzuweisen.

In der am 7.11.2012 durchgeführten mündlichen Verhandlung gab die Antragstellerin auf Befragen durch die Vorsitzende an, weder eine Berichtigung der Ausschreibung oder einzelner Festlegungen begehrt, noch die Ausschreibung bzw. einzelne Festlegungen der Ausschreibung bekämpft zu haben.

Die Auftraggeberin brachte vor, richtig sei, dass sie 19 Positionen mit Euro 0 ausgepreist habe. Zu Position 54.04.09 A (Luftleitung Verz. Hygiene) befragt, warum die Antragstellerin unter anderem diese Position ohne Betrag, sondern vielmehr mit Euro 0 ausgepreist und im Langverzeichnis die Anmerkung "im EHP-Position vorher enthalten" eingefügt habe, wurde von dieser ausgeführt, dass der Leistungsgegenstand dieser Position bereits in Pos. 54.04.08 A enthalten sei. Auch der Leistungsgegenstand der Position 54.04.06 M sei bereits in der Position "vorher", nämlich in den Positionen 54.04.06 C - J enthalten und daher mit Euro 0 ausgepreist worden. Auf S 173 des LV sei nämlich zu den "Luftleitungen" allgemein angeführt, dass für alle Leistungen dieser Gruppe gemäß Punkt 2.1 der Ausschreibung erhöhte Anforderungen an die Hygiene gelten würden. Daher sei die Vorgangsweise der Antragstellerin gerechtfertigt, weil dies ohnehin schon einzukalkulieren gewesen sei. Darüber hinaus sei dies nicht in der standardisieren Leistungsbeschreibung (in weiterer Folge: STLb) enthalten gewesen. Die unterschiedlichen Stückzahlen, die unterschiedlichen Durchmesser und die unterschiedlichen Anforderungen (zB. Bogen WFR, T-Stück WFR etc.) an den Leistungsgegenstand seien in diesem Zusammenhang unbeachtlich, denn diese Leistungen seien ohnehin bereits in den Pos. 54.04.01 C - J enthalten und daher bereits in diese Positionen auch eingerechnet und ausgepreist worden.

Die "Befestigungen von Formstücken" sei, so die Antragstellerin, bereits in den Einheitspreiskalkulationen in den Positionen "vorher" berücksichtigt worden und es mache daher keinen Sinn, diese Befestigungen, wie etwa in Pos. 54.04.06 M gefordert, extra noch einmal "heraus zu rechnen" und bzw. extra auszurechnen. Zu dem verweise die Auftraggeberin in der Ausschreibung auf die standardisierte Leistungsbeschreibung, die der gegenständlichen Ausschreibung zu Grunde gelegt worden sei, daher könne die Antragstellerin bei den vielen Ausschreibungen, an denen sie sich beteilige, nicht jedes Mal anders kalkulieren, nur weil die Auftraggeberin eine andere Position in die Ausschreibung eingefügt habe und diese extra heraus zu kalkulieren wäre. Dies sei nicht einfach, weil dies, so die Antragstellerin erläuternd, nicht kalkulierbar sei, zumal die Formstücke unterschiedliche Durchmesser aufweisen und demnach auch unterschiedliche Einheitspreise hätten.

Der Auftraggeber bestritt das Vorbringen, führte aus wie schriftlich und wendete ein, dass der Vermerk der Antragstellerin, "im EHP-Position vorher enthalten" zum Einen so verstanden worden sei, dass etwa der Preis in Position 54.04.06 M unmittelbar davor in der Pos. 54.04.06 J enthalten sei. Auch dem Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin habe die Antragstellerin mit dieser Erklärung entsprochen. Nunmehr jedoch gebe die Antragstellerin aufklärend zum ersten Mal an, dass die Pos. 54.04.06 M in den Positionen C - J enthalten sei. Eine derartige Erklärung sei im Aufklärungsschreiben der Antragstellerin jedoch nicht gegeben worden. Zum Anderen sei nicht nachvollziehbar, dass sich durch die Einrechnung kein Mehraufwand ergebe. Wenn die Antragstellerin nunmehr angebe, dass die Einheitspreise unterschiedlich seien, und aus diesem Grunde nicht in der Position 54.04.06 M angegeben werden könne und diese daher mit Euro 0 ausgepreist worden sei, sei gerade aus dieser Behauptung vielmehr zu schließen, dass sich jedenfalls ein Mehraufwand ergebe.

Die Antragstellerin führte dazu aus, dass ein Mehraufwand deswegen nicht vorliege weil die Befestigungen preislich bereits in den vorhergehenden Positionen enthalten seien. Die vorhergehenden Positionen seien Positionen aus dem STLB und keine gesonderten abweichenden Positionen. Der Umstand, dass von anderen Bietern ein Preis in dieser Position angeboten worden sei, bedeute nicht, dass es kalkulierbar sei.

Die Auftraggeberin wendete ein, dass die STLB gemäß Ausschreibung nur dann gelten würden, wenn keine anderen Positionstexte angegeben seien. Zudem sei den anderen Bietern sehr wohl eine Kalkulation dieser Positionen, von denen die Antragstellerin behaupte, sie seien nicht kalkulierbar, möglich gewesen.

Von der Vorsitzenden zur Pos 90.51.02 E (Baukoordinationsgesetz - BauKG) befragt, führte die Antragstellerin aus, dass diese deshalb mit Euro 0 ausgepreist worden sei, weil diese Leistungen gemäß Vorgaben der Ausschreibung schon in die Einheitspreise einzurechnen gewesen seien und deshalb keine gesondert anzubietende und auszupreisende Leistung übrig geblieben sei.

Die Auftraggeberin bestritt diese Behauptungen und führte aus, dass sämtliche Nebenleistungen gemäß Ö-Norm B 2110 in Zusammenhang mit Punkt 2.11 der Ausschreibung dann nicht gesondert vergütet würden, wenn es sich hierbei um Nebenleistungen handle. Dies hindere aber die Auftraggeberin nicht, auch solche Leistungen in gesonderten Positionen auszuschreiben. Gemäß Punkt 4.2.3 der Ö-Norm sei eine eigene Position für Leistungen nach BauKG in der Ausschreibung vorzusehen. Darüber hinaus habe die Antragstellerin die Formulierung "im EHP enthalten" aufgeklärt mit der Ausführung, dass der jeweilige "EHP im Gesamtstoffzuschlag aller Positionen" berücksichtigt sei. Diese Erklärung betreffend die Kalkulation dieser Positionen sei nicht nachvollziehbar.

Die Antragstellerin brachte vor, dass gemäß Punkt 1.2.4 der Ausschreibung insbesondere die angeführten Nebenleistungen n Punkt 2.11. in die Einheitspreise einzukalkulieren gewesen seien.

Die Auftraggeberin führte dazu aus, dass dies dann nicht gelten würde, wenn im LV dafür eine gesonderte Position vorgesehen sei, was der Fall gewesen sei und vor allem, weil auch das LV gemäß 5.1.3 Ö-Norm den allgemeinen Bestimmungen vorgehe.

Die Antragstellerin bestritt diese Behauptung und wies darauf hin, dass dies kein Widerspruch sei.

Zum Thema Wartung führte die Antragstellerin ergänzend zu den Schriftsätzen auf Befragen aus, dass der von ihr angebotene Preis kein Unterpreis sei und die Leistungen wie im Schriftsatz OZ13 ausgeführt zum Selbstkostenpreis mit einem minimalen Zuschlag erbracht werden könnten und auch der gering kalkulierte Zeitaufwand gerechtfertigt sei.

Die Auftraggeberin bestritt diese Ausführungen und auf Befragen, warum die Antragstellerin der Meinung sei, es handle sich um eine Wahlposition, gab diese an, dass durch die Kennzeichnung mit "*" die Auffassung entstehen könnte, es handle sich um Wahlpositionen. Es sei der Antragstellerin jedoch klar gewesen, dass es sich um keine Wahlpositionen handle. Die hohen Preise der anderen Bieter könnten aber dadurch erklärbar sein.

Die Auftraggeberin brachte vor, dass aufgrund der durchgeführten Kostenschätzung und der Angebote der anderen Bieter von einem Unterpreis der Antragstellerin bei der Wartung ausgegangen worden sei.

Die Antragstellerin führte aus, dass die angeführten Zeiten nicht Thema eines Aufklärungsversuchens gewesen seien. Die Zeiten für das Zugänglichmachen seien nicht in die EHP einzurechnen und sei die Überprüfung der Zeiten durch die Auftraggeberin wie in der Ausschreibung angeführt, nicht richtig.

Die Auftraggeberin führte auf Befragen betreffend die Wartungsschritte und das Vorhandensein von Sichtkontrollen aus, dass es zwar Sichtkontrollen gebe, aber neben dieser visuellen Überprüfung auch eine funktionale Überprüfung erforderlich sei. Daher sei der von der Antragstellerin angegebene geringe Zeitaufwand nicht nachvollziehbar. Zudem sei dies jedenfalls auch Thema des Aufklärungsversuchens der Auftraggeberin vom 13.09.2012 gewesen.

Die Antragstellerin führte dazu aus, dass sie hinsichtlich des Zeitaufwandes nicht um Aufklärung ersucht worden sei und verwies auf Punkt 6.6 der VDMA.

Die Auftraggeberin wendete ein, dass die kalkulierten Zeitaufwendungen nicht plausibel nachvollziehbar gewesen seien. Das Aufklärungsversuchen sei ausreichend gewesen. Die Kosten für die Wartung seien nicht plausibel nachvollziehbar aufgeklärt worden und daher erschien der Auftraggeberin eine weitere Aufklärung nicht erforderlich.

Die Antragstellerin brachte vor, dass der Zeitaufwand betreffend die Wartung erst Thema des Aufklärungsersuchens gewesen sei und könne, wenn die von der Antragstellerin erbrachte Aufklärung nicht entsprochen habe, nicht der Antragstellerin zur Last gelegt werden, zumal die Antragstellerin genau dies übermittelt habe, was von der Auftraggeberin gefordert worden sei. Eine Begründung hinsichtlich des Zeitausmaßes sei weder in der Ausschreibung noch im Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin verlangt worden. In der Ausscheidensentscheidung sei aber ungerechtfertigter Weise angeführt, die Aufklärung sei nicht ausreichend gewesen.

Die Auftraggeberin bestritt diese Vorhaltungen und wies darauf hin, dass in der Ausscheidensentscheidung die Ausscheidensgründe genannt worden seien.

Auf Grundlage des Akteninhaltes, der Schriftsätze der Parteien, insbesondere der Antragstellerin und des Auftraggebers, der vorgelegten Originalunterlagen und insbesondere der Aussagen der Parteien in der mündlichen Verhandlung, wurde folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Im Juli 2012 schrieb die Auftraggeberin das Gewerk Lüftung einschließlich Wartung im Rahmen des Gesamt-Bauvorhabens Pensionsversicherungsanstalt - Sonderkrankenanstalt -Rehabilitationszentrum (SKA-RZ) Bad Aussee, CPV Code 45331210, 50000000, laut Angaben der Auftraggeberin als Bauauftrag im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert des Gesamt-Bauvorhabens beträgt laut Angaben der Auftraggeberin Euro22.964.000.- ohne USt, jener des gegenständlichen Loses Euro 1.370.000.- ohne USt. Die EU-weite Bekanntmachung erfolgte durch Vorinformation am 25.1.2012 (2012/S 16-025077) Die Ausschreibungsbekanntmachung erfolgte EU-weit im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften am 27.7.2012, 2012/S 239047, abgesendet am 24.7.2012. Die Bekanntmachung in Österreich erfolgte am 25.7.2012 im Amtlichen Lieferungsanzeiger unter L-511725-2724, abgesendet am 24.7.2012. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 21.8.2012, 15.30 Uhr. Neben drei weiteren Bietern war die Antragstellerin bei der Angebotsöffnung vertreten.

Gegenstand des Auftrags sind im Wesentlichen Lüftungsinstallationen, insbesondere Be-und Entlüftungsinstallationen einschließlich der hierfür erforderlichen Nebenarbeiten wie beispielsweise die Zu-und Abluftanlage in der Schwimmhalle, in diversen Zimmern einzelner Trakte, für Technikräume, Wirtschaftstrakte und in der Hydrotherapie. Unter anderem sind auch der Einbau von Kühlregistern, die Adaptierung der bestehenden Lüftungsinstallationen bzw. Anlagenteile, Herstellen von Brandschotten für die Rohrdurchführungen, Montage von Wetterschutzgittern etc., wobei auch die zukünftige Wartung diverser Anlagenteile durchzuführen ist.

Geplanter Abwicklungszeitraum ist laut Angaben in der Auftragsbekanntmachung Oktober 2012 bis Dezember 2014.

Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Varianten bzw. Teil - oder Alternativangebote sind nicht zulässig.

Nach Punkt 7.7 der Ausschreibungsbestimmungen (in weiterer Folge: AB) "VB_HKS_MIT WARTUNG_LFT April 2012" errechnet sich der Projektpreis wie folgt:Nach Punkt 7.7 der Ausschreibungsbestimmungen (in weiterer Folge: Ausschussbericht "VB_HKS_MIT WARTUNG_LFT April 2012" errechnet sich der Projektpreis wie folgt:

"Gesamtpreis lt. Schlussblatt inkl. Wartungskosten während der 3- jährigen Gewährleistungsfrist (jährliche Pauschale x 3) + Wartungskosten nach Ablauf der 3-jährigen Gewährleistungsfrist, hochgerechnet für das 4. - 10. Vertragsjahr (jährliche Pauschale x 7)"

Gemäß Pkt. 1.1.1. (Erstellung und Einreichung des Angebots) der AB ist das Angebot einschließlich des Leistungsverzeichnisses den nachstehenden Bedingungen entsprechend vollständig auszufüllen.Gemäß Pkt. 1.1.1. (Erstellung und Einreichung des Angebots) der Ausschussbericht ist das Angebot einschließlich des Leistungsverzeichnisses den nachstehenden Bedingungen entsprechend vollständig auszufüllen.

Gemäß Pkt. 1.1.9. der AB erklärt sich der Bieter mit der Einreichung und Unterfertigung des Angebots bereit, die ausgeschriebenen Lieferungen bzw. Leistungen nach Maßgabe der vorliegenden Ausschreibung zu erbringen.Gemäß Pkt. 1.1.9. der Ausschussbericht erklärt sich der Bieter mit der Einreichung und Unterfertigung des Angebots bereit, die ausgeschriebenen Lieferungen bzw. Leistungen nach Maßgabe der vorliegenden Ausschreibung zu erbringen.

Gemäß Pkt. 2.1.1. (Vertragsunterlagen und deren Geltung) der AB gelten für erteilte Aufträge die Bestimmungen der

Abschnitte 5-12 der ÖNORM B 2110, sofern diese Vertragsbedingungen nicht Abweichungen oder Ergänzungen vorsehen. Gemäß Pkt. 2.1.1. (Vertragsunterlagen und deren Geltung) der Ausschussbericht gelten für erteilte Aufträge die Bestimmungen der Abschnitte 5-12 der ÖNORM B 2110, sofern diese Vertragsbedingungen nicht Abweichungen oder Ergänzungen vorsehen.

Gemäß der Pkte. 7.14., 7.20. und 7.21. der AB (Vorbemerkungen - Leistungsgruppe 00) sind alle Erschwernisse einzukalkulieren, wenn nicht im Leistungsverzeichnis entsprechende gesonderte Positionen vorgesehen sind bzw. nicht anderes festgelegt ist. Gemäß der Pkte. 7.14., 7.20. und 7.21. der Ausschussbericht (Vorbemerkungen - Leistungsgruppe 00) sind alle Erschwernisse einzukalkulieren, wenn nicht im Leistungsverzeichnis entsprechende gesonderte Positionen vorgesehen sind bzw. nicht anderes festgelegt ist.

In den Ständigen Vorbemerkungen zum AusschreibungsLV/ Geschlossenes LV ist folgendes festgelegt:

" Soweit in Vorbemerkungen oder Positionstexten nicht anderes angegeben, gelten folgende Regelungen.

1. 1.Ziffer eins
Standardisierte Leistungsbeschreibung.....
2. 2.Ziffer 2
Unklarheiten, Widersprüche:

Bei etwaigen Unklarheiten oder Widersprüchen in den Formulierungen gilt nachstehende Reihenfolge:

1. 1.Ziffer eins
Folgetext einer Position (vor dem zugehörigen Grundtext)
2. 2.Ziffer 2
Positionstext (vor den Vorbemerkungen)
3. 3.Ziffer 3
....."

Gemäß Pkt. 00.30.01 I (Einheitspreisbildung) sind in die Einheitspreise, "sofern hierfür keine gesonderten Positionen vorgesehen sind, insbesondere folgende Kosten einkalkuliert: Gemäß Pkt. 00.30.01 römisch eins (Einheitspreisbildung) sind in die Einheitspreise, "sofern hierfür keine gesonderten Positionen vorgesehen sind, insbesondere folgende Kosten einkalkuliert:

- -Strichaufzählung
Alle für die gegenständlichen Leistungen erforderlichen behördli-

chen Abwicklungen..... ".

Gemäß Pkt. 1.2.2 (Kalkulation Einheitspreise) sind diese stets als Nettopreise im Sinne des § 11 UStG zu ermitteln und dem Leistungsverzeichnis entsprechend aufgegliedert in dieses einzusetzen. Gemäß Pkt. 1.2.2 (Kalkulation Einheitspreise) sind diese stets als Nettopreise im Sinne des Paragraph 11, UStG zu ermitteln und dem Leistungsverzeichnis entsprechend aufgegliedert in dieses einzusetzen.

Die Angebotsöffnung erfolgte am 21.8.2012, 15.30 Uhr, bei der 6 Bieter ein Angebot abgegeben haben. Das ungeprüfte Angebotsergebnis hat folgende Reihung der billigsten Bieter ergeben:

	Angebot / Wartung in Euro	Projektpreis
A***	1,195.700,52 / 1.472.-	Euro 1,206.004,52
D***	1,166.842,50 / 7.000	Euro 1,215.842,50
E***	1,268.903,00 / 7.150	Euro 1,316.450,50
F***	1,252.110,06 / 10.304,10	Euro 1,324.238,76
G***	1,298.945,94/ 28.382,40	Euro 1,490.529,99
H***	1,489.015,40 / 35.218.-	Euro 1,735.891,40

Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Angebot abgegeben, wobei der Angebotspreis Euro 1.195.700,52.- betrug und jener für die Wartung

Euro 1.472 (für 7 Jahre daher Euro10.304.-.).

Die Antragstellerin hat folgende 19 Positionen mit Euro 0.- ausgepreist:

- 540105A Az Luftleitung verz Hygiene. 5842m²
- 540402M Befestigungen für Formstücke Wickelfalzrohr - 559 St
- 540403M Befestigung für Formstücke Winkelfalzrohr -257 St
- 540405M Befestigung für Formstücke Winkelfalzrohr- 232 St
- 540406M Befestigung für Formstücke Winkelfalzrohr- 172 St
- 540409A Az Luftleitung verz. Hygiene - 3.950 m
- 540502H A.z. Befestigungen für Formstücke Winkelfalz - 5 St
- 540109H Befestigungen für flexible Rohre Kunststoff - 38 m
- 540902H Befestigungen für flexible Rohre aus Alumin - 340 m
- 550407A2 A.z. für das Abschotten Brandschutzklappe a - 15 St
- 550407B2 A.z. für das Abschotten Brandschutzklappe a - 10 St
- 550407C2 A.z. für das Abschotten Brandschutzklappe a - 97 St
- 550407D2 A.z. für das Abschotten Brandschutzklappe a - 12 St
- 550407E2 A.z. für das Abschotten Brandschutzklappe a - 22 St
- 550407F2 A.z. für das Abschotten Brandschutzklappe a - 6 St
- 550407G2 A.z. für das Abschotten Brandschutzklappe a - 2 St
- 905101B Bestandsbesichtigung zur Montageplanung - 3 PA
- 905102E Baukoordinationsgesetz -BauKG - 1 PA
- 905102F Anwesenheit auf der Baustelle - 1 PA

Im Zuge der Prüfung der Angebote wurde die Antragstellerin per e-Mails vom 29.8. 2012 und 4.9.2012 zur Nachreichung von Unterlagen und zur Aufklärung aller Euro 0-Positionen aufgefordert:

" Sehr geehrter Herr Prok.l***

Wir haben Ihr Angebot vom 20.8.12 zur Prüfung erhalten, benötigen dazu allerdings noch nachstehende Unterlagen:

- -Strichaufzählung
5. Bieter- und AG ergänzen/ streichen

-Referenzprojekte: Name in Blockschrift

- -Strichaufzählung
1.1.3.4 Strafregisterbescheinigung (Fr Mag. Gerlinger ist nicht Geschäftsführer)
- -Strichaufzählung
1.1.3.1 Gewerberegister vom 27.05.2008 -> aktualisierter Auszug
- -Strichaufzählung
1.1.3.1 Firmenbuchauszug vom 09.06.2010 -> aktualisierter Auszug
- -Strichaufzählung
Angebot Seite 33 - Versicherungsbestätigung
- -Strichaufzählung
10 PV Wartungskatalog mit ausgefüllten Einheitspreisen
- -Strichaufzählung
Aufklärung zu allen Null-Euro-Positionen Ihres Angebotes

Bieterlücken und Plausibilitätsunterlagen werden noch gesondert angefordert."

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 31.8.2012 die Unterlagen nachgereicht und hinsichtlich der Euro 0 Positionen ausgeführt, dass diese in den Einheitspreisen enthalten seien.

Mit e-Mail vom 13.9.2012 wurde die Antragstellerin im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung erneut wie folgt ersucht:

" Sehr geehrte Damen und Herren!

Im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung zu Ihren oe Offerten ersuchen wir im Namen des Bauherrn und Auslobers gemäß BVG bis spätestens 17.9.2012 schriftlich eingehend bis 16:00 in unserem Büro um Stellungnahme wie folgt:

- -Strichaufzählung

Die beiden oe Offerte enthalten jeweils eine erhebliche Anzahl von

0-Euro-Positionen, zu denen bis dato keine ausreichende Aufklärung erfolgt ist, und diese somit nicht auf Plausibilität geprüft werden können. Wir ersuchen daher um Ihre detaillierte Stellungnahme, in welchem Ausmaß hier jeweils Kostenanteile In andere Kalkulationspositionen verlagert wurden.

- -Strichaufzählung

Da Ihre Wartungsangebotspreise erheblich von allen anderen Bietern

abweichen, ersuchen wir um nachfolgende Stellungnahme:

- -Strichaufzählung

Ihre Wartungsangebotspreise zum Gewerk Lüftung sind während und

nach Gewährleistung nicht ident. Ihre Wartungsangebotspreise zum Gewerk HKS sind während und nach Gewährleistung jedoch ident, womit wird diese unterschiedliche Kalkulation begründet.

- -Strichaufzählung

Zu den äußerst niedrigen Einheitspreisen Ihrer beiden Wartungskataloge ersuchen wir um Aufklärung, welches Zeitausmaß der Tätigkeit vor Ort Ihren kalkulierten Einzelpreisen zugrunde liegt.

- -Strichaufzählung

Gewerk Lüftung zu allen 18 Einzelpositionen

- -Strichaufzählung

Gewerk HKS zu allen Positionen, die mit 0-Euro ausgepreist wurden.

Mit dem Ersuchen um Ihre termingerechte und vollständige Erledigung verbleiben wir

Mit freundlichen Grüßen J***"

Die Antragstellerin hat das Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin mit e-Mail vom 17.9.2012 wie folgt beantwortet:

Sehr geehrte Damen und Herren!

Betreffend Ihrem E-Mail vom 13. September 2012 möchten wir folgende Aufklärungen zu Ihren Fragen übermitteln.

In unserem Langtext LVZ sind die jeweiligen Bemerkungen zu den 0,00 Preis - Positionen angeführt. Folgende Euro 0,00 Preis Varianten gibt es (siehe Langtext LVZ mit unseren Bemerkungen):

- "In Pos. Vor Enthalten" (Der jeweilige EHP ist in der vor angeführten Pos. Eingerechnet worden)

- "In Pos.Nr..... Enthalten" (Der jeweilige EHP ist in der angeführten Pos.Nr. eingerechnet worden)

- "Im EHP Enthalten" (Der jeweilige EHP ist im Gesamtstoff-zuschlag aller Pos. Berücksichtigt).

Betreffend Wartungspreisangebot möchten wir darauf hinweisen, dass die Firma A*** aktuell dabei ist eine Wartungsabteilung aufzubauen. Daher versuchen wir in allen Bereichen Referenzobjekte zu bekommen um unsere Leistungen auch entsprechend präsentieren zu können. Aus diesem Grund sind die angeführten Einheitspreise sicherlich im Vergleich zu den Mitbewerbern relativ günstig. Betreffend "Unterschied Gewerk Lüftung und Gewerk HKS" möchten wir anmerken, dass es bei den Baustellen üblich ist, dass während dem Gewährleistungszeitraum das

Gewerk Lüftung hinsichtlich Wartung teilweise beauftragt wird. Vor allem bei Gewerk Lüftung ist nach den Gewährleistungszeiträumen der Wartungswunsch der Bauherren jedoch meistens nicht gegeben und es werden nur mehr Arbeiten gemacht, wenn Anlagenteile ausfallen. Darum wurde unsererseits ein entsprechend kostengünstiges Angebot gelegt um den Bauherrn zu animieren, dies dennoch zu beauftragen, damit wir unsere Leistung unter Beweis stellen können. Zusätzlich ist die Firma A***dann in obigem BV laufend präsent um als Ansprechpartner für Lüftungsarbeiten die erste Anlaufstelle zu sein.

Bei Gewerk HKS ist zu bemerken, dass üblicherweise bei diesen Gewerken weder während noch nach der Gewährleistung eine Wartung bei den Installationsunternehmen beauftragt wird, da die haustechnischen Mannschaften der jeweiligen Nutzer über eine entsprechende fundierte Ausbildung in diesen Gewerken verfügen und meisten lediglich die Kältemaschine im Direktauftrag für die § 22 Überprüfung beauftragt wird. Bei Gewerk HKS ist zu bemerken, dass üblicherweise bei diesen Gewerken weder während noch nach der Gewährleistung eine Wartung bei den Installationsunternehmen beauftragt wird, da die haustechnischen Mannschaften der jeweiligen Nutzer über eine entsprechende fundierte Ausbildung in diesen Gewerken verfügen und meisten lediglich die Kältemaschine im Direktauftrag für die Paragraph 22, Überprüfung beauftragt wird.

Als Untermauerung obiger Aussagen übermitteln wir Ihnen in der Beilage unseren

- aktuellen Wartungsflyer, welcher vor einigen Wochen an diverse Planungsbüros und Bauherren als Information hinsichtlich Aufbau einer Wartungsabteilung übermittelt wurde.

Zu den von Ihnen angesprochenen Abweichungen bei den Wartungspreisangeboten im Vergleich zu den anderen Bietern überlassen wir es Ihnen selbst, die teilweise exorbitant überhöhten Summen zu bewerten (unserer Meinung nach sind dies nur überhöhte Preise, da es sich bei der Wartungsposition nach der Gewährleistung um eine Wahlpreisposition handelt, welche sich im Gesamtpreis nicht widerspiegeln). Zu den Zeiteinheiten je Wartungstätigkeit möchten wir gemäß Ihrer Forderung folgendes bekanntgeben:

- -Strichaufzählung

Bei Gewerk HKS sind die Euro 0,00 Preis Positionen lt. Wartungskatalog in die jeweils von uns angeführten Positionen eingerechnet. (siehe Bemerkung in den übermittelten Wartungskatalogen).

- -Strichaufzählung

Bei Gewerk Lüftung übermitteln wir Ihnen in der Beilage den ergänzten Wartungskatalog (nun wurde eine Spalte eingefügt welche das Zeitmaß je Stück bekannt gibt). Die Umrechnung ergibt sich aus dem Stundensatz des qualifi. Facharbeiters gemäß Pos. 90.02.04A. Es ist uns bewusst, daß die angeführten Zeiteinheiten sehr eng kalkuliert sind und sicherlich nur zutreffen, wenn die laufende Betriebsführung der Anlagen sehr sorgfältig durchgeführt wird. Auch wurde aufgrund obig angeführter Überlegungen hinsichtlich "Aufbau einer Wartungsabteilung" das Zeitmaß sehr gering gehalten.

In der Hoffnung mit unserer Information gedient zu haben

Mit freundlichen Grüßen

iA K***

Sekretariat

Nach Prüfung der Angebote und nach Durchführung einer - dokumentierten- vertieften Angebotsprüfung hinsichtlich der Euro 0,- Positionen und der Wartungspreise wurde laut Prüfbericht vom 25.9.2012 das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden. Die Ausscheidung ist in der Niederschrift vom 27.9.2012 dokumentiert und begründet.

Mit Telefax vom 28.9.2012 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin Folgendes mit:

"Ausscheiden Ihres Angebotes:

Anlässlich der Aufforderung zur Nachreichung von Unterlagen bzw hinsichtlich der Aufklärung zu den Wartungspositionen und zu den mit Euro 0,00 ausgepreisten Positionen langten Ihrerseits mit Schreiben vom 17.09.2012 nur teilweise entsprechende Erläuterungen ein. Es erfolgten keine weiteren Erläuterungen zu den mit Euro 0,00 ausgepreisten Positionen.

Im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs 1 BVergG 2006 erfolgte eine Prüfung der Angemessenheit der Wartungspreise in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen diese zu erbringen sein werden. Hierbei wurde festgestellt, dass die bekannt gegebenen

kalkulierten Zeitaufwendungen in Anbetracht der verpflichtend durchzuführenden Wartungsarbeiten (z.B. bei Bauelement Nr. L 402) lt. Wartungskatalog als unrealistisch zu beurteilen sind. Zu den mit Euro 0,00 ausgepreisten Positionen konnte keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt werden. Im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, Absatz eins, BVergG 2006 erfolgte eine Prüfung der Angemessenheit der Wartungspreise in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen diese zu erbringen sein werden. Hierbei wurde festgestellt, dass die bekannt gegebenen kalkulierten Zeitaufwendungen in Anbetracht der verpflichtend durchzuführenden Wartungsarbeiten (z.B. bei Bauelement Nr. L 402) lt. Wartungskatalog als unrealistisch zu beurteilen sind. Zu den mit Euro 0,00 ausgepreisten Positionen konnte keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt werden.

Da somit Ihrerseits keine ausreichende und nachvollziehbare Aufklärung hinsichtlich der Wartungspositionen und der diversen mit Euro 0,00 ausgepreisten Positionen erfolgte, musste Ihr Angebot mit einem Projektpreis in Höhe von Euro 1 206.004,52 (Gesamtpreis inkl. 3 Jahre Wartungskosten Euro 1 195.700,52) aufgrund mangelnder Plausibilität betreffend die vorgenannten Positionen gemäß § 129 Abs 2 iVm Abs 1 Z 3 und Z 7 BVergG 2006 leider ausgeschieden werden." Da somit Ihrerseits keine ausreichende und nachvollziehbare Aufklärung hinsichtlich der Wartungspositionen und der diversen mit Euro 0,00 ausgepreisten Positionen erfolgte, musste Ihr Angebot mit einem Projektpreis in Höhe von Euro 1 206.004,52 (Gesamtpreis inkl. 3 Jahre Wartungskosten Euro 1 195.700,52) aufgrund mangelnder Plausibilität betreffend die vorgenannten Positionen gemäß Paragraph 129, Absatz 2, in Verbindung mit Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, BVergG 2006 leider ausgeschieden werden."

Gegen diese Entscheidung richtet sich der vorliegende, mit Schriftsatz vom 4.10.2012 beim Bundesvergabeamt eingebrachte Nachprüfungsantrag, mit der Begründung, die Ausscheidensentscheidung sei zu Unrecht erfolgt, da die von der Auftraggeberin angeführten Ausscheidensgründe nicht zutreffen würden.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 7.11.2012 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurden den Parteien Gelegenheit gegeben, zum Vorbringen Stellung zu nehmen.

Die Ausschreibungsbestimmungen wurden nicht bekämpft.

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 2), die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 4500,- bezahlt. Die Auftraggeberin gab bislang weder eine Zuschlagsentscheidung bekannt, noch wurde der Zuschlag erteilt oder der Widerruf erklärt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den genannten Quellen. Die herangezogenen Beweismittel sind echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1. Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit 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 idGf 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 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 idGf 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 vor dem 01.04.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 15/2010 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0094-BVA/03/2012 am 4.10.2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 01.04.2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 maßgeblich. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 01.04.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0094-BVA/03/2012 am 4.10.2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 01.04.2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, maßgeblich.

3.2. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin iSd § 2 Z 8 BVergG idgF ist die Pensionsversicherungsanstalt. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG idgF (vgl. BVA 14.04.2010, N/0029-BVA/14/2010-10; 23.3.2011, N/0104-BVA/04/2010-11). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG idgF. Der geschätzte Auftragswert des Gesamt-Bauvorhabens beträgt laut Angaben der Auftraggeberin rund Euro 22.964.000.- ohne USt., der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses beläuft sich auf rd. Euro 1.370.000.-- ohne USt.. Der geschätzte Auftragswert liegt somit zwar unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG, da es sich jedoch um das Los eines Gesamtvorhabens mit einem geschätzten Auftragswert weit über dem relevanten Schwellenwert handelt, liegt ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor. Auftraggeberin iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG idgF ist die Pensionsversicherungsanstalt. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idgF vergleiche BVA 14.04.2010, N/0029-BVA/14/2010-10; 23.3.2011, N/0104-BVA/04/2010-11). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG idgF. Der geschätzte Auftragswert des Gesamt-Bauvorhabens beträgt laut Angaben der Auftraggeberin rund Euro 22.964.000.- ohne USt., der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses beläuft sich auf rd. Euro 1.370.000.-- ohne USt.. Der geschätzte Auftragswert liegt somit zwar unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, da es sich jedoch um das Los eines Gesamtvorhabens mit einem geschätzten Auftragswert weit über dem relevanten Schwellenwert handelt, liegt ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor.

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

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen, eine Zuschlagsentscheidung noch nicht getroffen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs. 2 BVergG idgF zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen, eine Zuschlagsentscheidung noch nicht getroffen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG idgF zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß § 320 Abs. 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3. 3. Rechtliche Beurteilung

Zu Spruchpunkt I Zu Spruchpunkt römisch eins

Gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 123 Abs. 1 BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Entsprechend den allgemeinen Bestimmungen des § 79 iVm § 19 Abs. 1 BVergG müssen alle Bieter darauf vertrauen können, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält. Die Leistung ist unter Berücksichtigung der festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben. Gemäß Paragraph 123, Absatz eins, BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Entsprechend den allgemeinen Bestimmungen des Paragraph 79, in Verbindung mit Paragraph 19, Absatz eins, BVergG müssen alle Bieter darauf vertrauen können, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält. Die Leistung ist unter Berücksichtigung der festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben.

Weitere maßgebliche gesetzliche Bestimmungen:

Allgemeine Bestimmungen

§ 106. (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Paragraph 106, (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

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

(3) Angebote müssen sich auf die ausgeschriebene Gesamtleistung beziehen, es sei denn, dass in der Ausschreibung die Möglichkeit von Teilangeboten vorgesehen wurde. Ein gemäß der Ausschreibung unzulässiges Teilangebot ist mit einem unbehebbareren Mangel behaftet.

(4)

(5).....

(6) Ist aus der Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so hat er dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen. Der Auftraggeber hat erforderlichenfalls eine Berichtigung gemäß § 90 durchzuführen. (6) Ist aus der Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so hat er dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen. Der Auftraggeber hat erforderlichenfalls eine Berichtigung gemäß Paragraph 90, durchzuführen.

(7) Erfolgt ausnahmsweise gemäß § 98 Abs. 7 und 8 die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz "oder gleichwertig", so kann der Bieter in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele genannten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.

(7) Erfolgt ausnahmsweise gemäß Paragraph 98, Absatz 7 und 8 die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz "oder gleichwertig", so kann der Bieter in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele genannten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.

(8) ...

Inhalt der Angebote

§ 108. (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten: Paragraph 108, (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

1

1. 2.Ziffer 2

...

2. 3.Ziffer 3

....

3. 4.Ziffer 4

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

1. 5.Ziffer 5

gegebenenfalls bei veränderlichen Preisen die nach § 99 Abs. 1 Z 4 erforderlichen Angabergegebenenfalls bei veränderlichen Preisen die nach Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer 4, erforderlichen Angaben

2. 6.Ziffer 6

sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen oder Erklärungen;

3. 7.Ziffer 7

die Aufzählung der dem Angebot beigegebenen sowie gesondert eingereichten Unterlagen;

...

(2) Mit der Abgabe seines Angebotes erklärt der Bieter, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

Vorgehen bei der Prüfung

§ 123. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Paragraph 123, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

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

1. 1.Ziffer eins

ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurdepb den in Paragraph 19, Absatz eins,

angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;

2. 2.Ziffer 2

nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;nach Maßgabe des Paragraph 70, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;

3. 3.Ziffer 3

ob das Angebot rechnerisch richtig ist;

4. 4.Ziffer 4

die Angemessenheit der Preise;

5. 5.Ziffer 5

ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

:

Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung

§ 125. (1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.Paragraph 125, (1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

1. (2)Absatz 2,Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

2. (3)Absatz 3,Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 vertieft prüfen, wennDer Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Absatz 4 und 5 vertieft prüfen, wenn

1. 1.Ziffer eins

Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,

2. 2.Ziffer 2

Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 79 Abs. 4 aufweisen, oderAngebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß Paragraph 79, Absatz 4, aufweisen, oder

3. 3.Ziffer 3

nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehennach Prüfung gemäß Absatz 2, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

3. (4)Absatz 4,Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob

1. 1.Ziffer eins

im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;

2. 2.Ziffer 2

der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;

3. 3.Ziffer 3

die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.die gemäß Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer 3, geforderte oder vom Bieter gemäß Paragraph 109, Absatz 2, vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

4. (5)Absatz 5,Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung muss der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter

allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Auftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

5. (6) Absatz 6,....

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 126. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden. Paragraph 126, (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

1. (2) Absatz 2, Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 nicht verletzen. Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 nicht verletzen.
2. (3) Absatz 3, Weist ein Angebot solche Mängel auf, dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden kann, so ist es auszuschneiden.
3. (4) Absatz 4, Rechnerisch fehlerhafte Angebote sind, sofern dies in der Ausschreibung festgelegt wurde, dann nicht weiter zu berücksichtigen, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 vH oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises beträgt. Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im Angebot (Übertragungsfehler), mit denen nicht weitergerechnet wurde, bleiben dabei unberücksichtigt. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers ist, ausgenommen der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anderes festgelegt, unzulässig.

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. Ziffer eins
Angebote von Bieter, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 oder gemäß § 68 Abs. 1 auszuschließen sind; Angebote von Bieter, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 20, Absatz 5, oder gemäß Paragraph 68, Absatz eins, auszuschließen sind;
2. Ziffer 2
Angebote von Bieter, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;
3. Ziffer 3
Angebote, die eine- durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellt - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) ausweisen;

...

1. 7.Ziffer 7

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

2. 8.Ziffer 8

...

1. (2) Absatz 2, Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.
2. (3) Absatz 3, Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Der Antragstellerin wurde die Ausscheidensentscheidung mitgeteilt mit der Begründung, dass keine ausreichende und nachvollziehbare Aufklärung hinsichtlich der diversen mit Euro 0,00 ausgepreisten Positionen und der Wartungspositionen erfolgt sei und das Angebot der Antragstellerin daher nicht plausibel und nicht nachvollziehbar sei.

Eine Bieteranfrage, insbesondere zu den festgelegten Leistungspositionen bzw. dem Erfordernis der Auspreisung diverser einzelner Positionen hat die Antragstellerin nicht gestellt. Auch hat sie der Auftraggeberin nicht die - aus ihrer Sicht vorliegenden - Widersprüche in der Ausschreibung mitgeteilt und keine Berichtigung iSd § 106 Abs. 6 BVergG gefordert. Eine Bieteranfrage, insbesondere zu den festgelegten Leistungspositionen bzw. dem Erfordernis der Auspreisung diverser einzelner Positionen hat die Antragstellerin nicht gestellt. Auch hat sie der Auftraggeberin nicht die - aus ihrer Sicht vorliegenden - Widersprüche in der Ausschreibung mitgeteilt und keine Berichtigung iSd Paragraph 106, Absatz 6, BVergG gefordert.

Die Antragstellerin hat die Ausschreibungsunterlagen nicht innerhalb der Frist des § 321 Abs. 4 BVergG angefochten. Sie sind daher bestandsfest (st Rspr, zB VwGH 26. 11. 2010, 2008/04/0027, 0036; BVA 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33). Alle Einwendungen gegen die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere auch gegen die Festlegung der einzelnen Leistungspositionen oder unnötig erscheinender Leistungsdetailierungen und dem Erfordernis der damit verbundenen Auspreisung bzw. damit verbundener allfälliger Widersprüche, sind daher präkludiert (st Rspr, zB VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0007; BVA 5. 8. 2011, N/0060-BVA/04/2011-20). Die Antragstellerin hat die Ausschreibungsunterlagen nicht innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 4, BVergG angefochten. Sie sind daher bestandsfest (st Rspr, zB VwGH 26. 11. 2010, 2008/04/0027, 0036; BVA 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33). Alle Einwendungen gegen die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere auch gegen die Festlegung der einzelnen Leistungspositionen oder unnötig erscheinender Leistungsdetailierungen und dem Erfordernis der damit verbundenen Auspreisung bzw. damit verbundener allfälliger Widersprüche, sind daher präkludiert (st Rspr, zB VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0007; BVA 5. 8. 2011, N/0060-BVA/04/2011-20).

Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind ebenso wie das Bundesvergabeamt an die Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen gebunden (st Rspr, zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; BVA 28. 7. 2010, N/0051-BVA/10/2010-37). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße (siehe Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 321 Rz 26). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (s. BVA 30. 4. 2009, N/0021-BVA/10/2009-28; 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorläge (zB BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind ebenso wie das Bundesvergabeamt an die Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen gebunden (st Rspr, zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; BVA 28. 7. 2010, N/0051-BVA/10/2010-37). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße (siehe

Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 321, Rz 26). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (s. BVA 30. 4. 2009, N/0021-BVA/10/2009-28; 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorläge (zB BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die 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. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 28.3.2011, N/0002-BVA/04/2011-23 uva.). Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die 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. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 28.3.2011, N/0002-BVA/04/2011-23 uva.).

Auch die Auslegung von Angeboten - als zivilrechtliche Willenserklärungen - hat anhand des objektiven Erklärungswertes zu erfolgen (vgl BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44; BVA 9.6.2009, N/0040- BVA/14/2009-31 u.a.), sodass sich die Bedeutung der Angebotserklärung weder nach den Motiven des erklärenden Bieters (wie etwa Unklarheiten oder Unmöglichkeiten, unnötige Leistungsdetailierung oder allfälliger Widersprüche der Ausschreibungsbestimmungen bzw. der Auspreisung diverser Leistungspositionen) noch danach richtet, wie dies der Erklärungsempfänger (Auftraggeber) subjektiv verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war (OGH 26. 4. 1961, 5 Ob 135/61) und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Es kommt nämlich nicht, wie bereits ausgeführt, auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es sind vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und auch des Angebots maßgebend (st Rspr, zB VwGH 29. 3. 2006, 2004/04/0144; BVA 10. 7. 2009, N/0058-BVA/10/2009-25; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 961). Auch die Auslegung von Angeboten - als zivilrechtliche Willenserklärungen - hat anhand des objektiven Erklärungswertes zu erfolgen vergleiche BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44; BVA 9.6.2009, N/0040- BVA/14/2009-31 u.a.), sodass sich die Bedeutung der Angebotserklärung weder nach den Motiven des erklärenden Bieters (wie etwa Unklarheiten oder Unmöglichkeiten, unnötige Leistungsdetailierung oder allfälliger Widersprüche der Ausschreibungsbestimmungen bzw. der Auspreisung diverser Leistungspositionen) noch danach richtet, wie dies der Erklärungsempfänger (Auftraggeber) subjektiv verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war (OGH 26. 4. 1961, 5 Ob 135/61) und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Es kommt nämlich nicht, wie bereits ausgeführt, auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es sind vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und auch des Angebots maßgebend (st Rspr, zB VwGH 29. 3. 2006, 2004/04/0144; BVA 10. 7. 2009, N/0058-BVA/10/2009-25; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 961).

Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen, hier des BVergG 2006 idgF, zu lesen (zB VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087).

Aufgrund der Festlegungen in Punkt 1.1.1 der Ausschreibungsbestimmungen, wonach das Angebot einschließlich des Leistungsverzeichnisses den nachstehenden Bedingungen entsprechend vollständig auszufertigen ist und gemäß

Punkt 1.2.2 der Ausschreibungsbestimmungen, wonach die Einheitspreise zu ermitteln und dem Leistungsverzeichnis entsprechend aufgegliedert in dieses einzusetzen sind, waren aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters im Sinne des angeführten Interpretationsmaßstabes bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG, Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 19.11.2008, 2007/04/20018, 2007/04/0019; 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.] und in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen des BVerfG die genannten Bestimmungen der Ausschreibung betreffend die konkreten Leistungspositionen jedenfalls iSd § 108 Abs. 1 Z 4 BVerfG dahingehend zu verstehen, dass jede Position entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung anzubieten und die Einheitspreise zu ermitteln und aufgegliedert einzusetzen waren. Aufgrund der Festlegungen in Punkt 1.1.1 der Ausschreibungsbestimmungen, wonach das Angebot einschließlich des Leistungsverzeichnisses den nachstehenden Bedingungen entsprechend vollständig auszufertigen ist und gemäß Punkt 1.2.2 der Ausschreibungsbestimmungen, wonach die Einheitspreise zu ermitteln und dem Leistungsverzeichnis entsprechend aufgegliedert in dieses einzusetzen sind, waren aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters im Sinne des angeführten Interpretationsmaßstabes bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG, Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 19.11.2008, 2007/04/20018, 2007/04/0019; 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.] und in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen des BVerfG die genannten Bestimmungen der Ausschreibung betreffend die konkreten Leistungspositionen jedenfalls iSd Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 4, BVerfG dahingehend zu verstehen, dass jede Position entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung anzubieten und die Einheitspreise zu ermitteln und aufgegliedert einzusetzen waren.

Nach dem objektiven Erklärungswert des Angebotes hat die Antragstellerin unstrittig 19 Positionen der Ausschreibung zu einem Preis von Euro 0 angeboten. Diese Vorgehensweise hat die Antragstellerin damit begründet, dass der Einheitspreis für diese Positionen entweder in der vorher angeführten Position oder in einer anderen, von der Antragstellerin angeführten, Position eingerechnet oder aber der Einheitspreis im Gesamtstoffzuschlag aller Positionen berücksichtigt worden sei. Zu diesen "Euro 0,00 Preis Varianten" (e-Mail der Antragstellerin vom 17.9.2012) führte die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung aus, dass der gegenständlichen Ausschreibung die Standardisierte Leistungsbeschreibung zu Grunde gelegt worden sei und daher "die Antragstellerin nicht jedes Mal anders kalkulieren könne, nur weil der Auftraggeber eine andere Position einfüge". Zudem gab die Antragstellerin dazu an, sie hätte nicht gewusst, wie sie die betreffenden 19 Positionen hätte kalkulieren sollen, zumal ihrer Meinung nach diese Leistungen ohnehin in die Einheitspreise einzurechnen gewesen seien und daher keine gesondert anzubietende bzw. gesondert auszupreisende Leistung übrig geblieben sei. Da sich zudem bei einzelnen Positionen keinen Mehraufwand ergeben habe, seien diese Positionen zu einem Preis von Euro 0 angeboten worden, jedoch preislich sehr wohl in den Grundpositionen oder im Gesamtstoffzuschlag berücksichtigt worden.

Wenn die Antragstellerin ua die Positionen Pos. 54.04.06 M (Befestigungen von Form-Stücken) und 54.04.02 M (Befestigungen für Formstücke Wickelfalzrohr verzinkt) wie von ihr im Angebot ausgeführt, bereits in den Einheitspreis "Pos vor" einkalkuliert hat und in der mündlichen Verhandlung dazu ausführt, dass "es keinen Sinn macht, diese Befestigungen ...extra zu rechnen und bzw. auszupreisen....weil unterschiedliche Durchmesser einen unterschiedlichen Einheitspreis ergeben" und sich kein Mehraufwand durch die Einrechnung ergebe, weil die Einheitspreise aufgrund der verschiedenen Durchmesser und Anforderungen an die Form unterschiedlich seien und deshalb nicht angegeben werden könnten, so ist dem zu entgegen, dass vielmehr das Gegenteil der Fall ist, weil die Antragstellerin für 19 Positionen einen Preis von Euro 0 angegeben hat, diese Positionen entsprechend ihren Ausführungen aber als nicht kalkulierbar erachtet, jedoch die Preise für die in diesen 19 Positionen geforderten Leistungen in andere Positionen einkalkuliert und auch preislich veranschlagt hat. Auf Vorhalt, dass von allen anderen Bietern Preisangaben in den betreffenden Positionen gemacht worden seien, wendete die Antragstellerin ein, dieser Umstand bedeute nicht, dass eine Kalkulation möglich sei.

"Das Anbieten einer Reihe von Positionen des LV mit Euro Null weist - bereits für sich allein genommen - in Richtung einer spekulativen Preisgestaltung, da die Antragstellerin dadurch zu erkennen gibt, dass sie dem Auftraggeber die Kosten für zahlreiche nach der Ausschreibung zu erbringende Leistungen nicht in Rechnung stellen würde. Dies bedeutet aber, dass der Gesamtangebotspreis nicht nachvollziehbar erklärbar bzw. spekulativ ist: Die Einrechnung der Preise einzelner Positionen in andere Positionen führt dazu, dass weder der eingerechnete Positionspreis noch jener

Positionspreis, in den die anderen Positionen eingerechnet wurden, ersichtlich und damit aus dem Angebot erschießbar sind." (vgl. BVA 21.4.2012, N/0020-BVA/09/2012- 28). Die zur Darstellung der wahren Positionspreise erforderliche "Bereinigung" der Einheitspreise um die in diese eingerechneten weiteren Komponenten würde darüber hinaus zu einer nachträglichen, im offenen Verfahren unzulässigen, Angebotsänderung führen. " Eine solche "Umlagerung" führt zu einer Verschiebung der Kosten der angebotenen Leistungen von nachgefragten Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen. Eine derartige Vorgangsweise erfüllt den Tatbestand einer spekulativen Angebotserstellung (vgl. BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34; Koller in Gast [Hrsg] BVergG-Leitsatzkommentar E 170 zu § 129;)" (vgl. BVA 21.4.2012, N/0020- BVA/09/2012-28)."Das Anbieten einer Reihe von Positionen des LV mit Euro Null weist - bereits für sich allein genommen - in Richtung einer spekulativen Preisgestaltung, da die Antragstellerin dadurch zu erkennen gibt, dass sie dem Auftraggeber die Kosten für zahlreiche nach der Ausschreibung zu erbringende Leistungen nicht in Rechnung stellen würde. Dies bedeutet aber, dass der Gesamtangebotspreis nicht nachvollziehbar erklärbar bzw. spekulativ ist: Die Einrechnung der Preise einzelner Positionen in andere Positionen führt dazu, dass weder der eingerechnete Positionspreis noch jener Positionspreis, in den die anderen Positionen eingerechnet wurden, ersichtlich und damit aus dem Angebot erschießbar sind." vergleiche BVA 21.4.2012, N/0020-BVA/09/2012- 28). Die zur Darstellung der wahren Positionspreise erforderliche "Bereinigung" der Einheitspreise um die in diese eingerechneten weiteren Komponenten würde darüber hinaus zu einer nachträglichen, im offenen Verfahren unzulässigen, Angebotsänderung führen. " Eine solche "Umlagerung" führt zu einer Verschiebung der Kosten der angebotenen Leistungen von nachgefragten Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen. Eine derartige Vorgangsweise erfüllt den Tatbestand einer spekulativen Angebotserstellung vergleiche BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34; Koller in Gast [Hrsg] BVergG-Leitsatzkommentar E 170 zu Paragraph 129,;" vergleiche BVA 21.4.2012, N/0020- BVA/09/2012-28).

Die Behauptung der Antragstellerin, aufgrund der zwingenden Geltung der Standardisierten Leistungsbeschreibung gemäß Vorbemerkung zur Ausschreibung sei das "Auspreisen " der betreffenden, nicht in der Standardisierten Leistungsbeschreibung enthaltenen Positionen, nicht notwendig gewesen bzw es widersinnig sei, gesondert Einheitspreise für Leistungen anzubieten, wenn diese bereits in andere Leistungspositionen einzurechnen seien, geht jedenfalls ins Leere: zum Einen hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 9.3.2007, Zl. G- 174/06-7, ausgeführt, dass die Standardisierung von Leistungsmerkmalen von Leistungen und Produkten zwar den Zweck hat, Leistungen und Produkte besser vergleichbar zu machen und Produkte untereinander austauschbar zu machen, aber auch verschiedene Komponenten von Produkten aufeinander abzustimmen, die Heranziehung von geeigneten Leitlinien aber nicht zwingend ist. Vielmehr wird dem öffentlichen Auftraggeber ein weiter - nur durch das Missbrauchsverbot beschränkter - Spielraum für Abweichungen eingeräumt, damit er die Ausschreibung abweichend von Leitlinien an die Besonderheiten des einzelnen Auftrags anpassen kann (vgl. VfGH 9.3.2007, G-174/06-7). Zum Anderen gilt gemäß den Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen der Anwendungsvorrang abweichender Positionstexte. Die Behauptung der Antragstellerin, aufgrund der zwingenden Geltung der Standardisierten Leistungsbeschreibung gemäß Vorbemerkung zur Ausschreibung sei das "Auspreisen " der betreffenden, nicht in der Standardisierten Leistungsbeschreibung enthaltenen Positionen, nicht notwendig gewesen bzw es widersinnig sei, gesondert Einheitspreise für Leistungen anzubieten, wenn diese bereits in andere Leistungspositionen einzurechnen seien, geht jedenfalls ins Leere: zum Einen hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 9.3.2007, Zl. G- 174/06-7, ausgeführt, dass die Standardisierung von Leistungsmerkmalen von Leistungen und Produkten zwar den Zweck hat, Leistungen und Produkte besser vergleichbar zu machen und Produkte untereinander austauschbar zu machen, aber auch verschiedene Komponenten von Produkten aufeinander abzustimmen, die Heranziehung von geeigneten Leitlinien aber nicht zwingend ist. Vielmehr wird dem öffentlichen Auftraggeber ein weiter - nur durch das Missbrauchsverbot beschränkter - Spielraum für Abweichungen eingeräumt, damit er die Ausschreibung abweichend von Leitlinien an die Besonderheiten des einzelnen Auftrags anpassen kann vergleiche VfGH 9.3.2007, G-174/06-7). Zum Anderen gilt gemäß den Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen der Anwendungsvorrang abweichender Positionstexte.

Darüber hinaus ist es gemäß VwGH (vgl. VwGH 28.5.2008,2007/04/0232;Darüber hinaus ist es gemäß VwGH vergleiche VwGH 28.5.2008, 2007/04/0232;

2007/04/0233 unter Verweis auf VwGH 26.4.2007,2005/04/0189;

2005/04/0190; VwGH 20.12.2005, 2003/04/0149) und EuGH (vgl. EuGH 28.3.1995, 324/93, Evans Medical, Rz 42 unter

Verweis auf EuGH 20.9.1988, 31/87, Beentjes) Sache des Auftraggebers, die Anforderungen für die Leistung, die er beschaffen will, festzulegen. Allfällige Einwände gegen unsachliche, nicht erfüllbare, unklare oder widersprüchliche Festlegungen gehen jedenfalls ins Leere, wenn sie nicht innerhalb der dafür vorgesehen Fristen bekämpft werden, andernfalls diese gemäß ständiger Judikatur der Vergabekontrollbehörden und der Höchstgerichte infolge Bestandsfestigkeit präkludiert sind (vgl. zB VwGH 22.6.2011, 2011/04/0007 etc.). Darüber hinaus werden an fachkundige Bieter insofern strengere Anforderungen gestellt, als diesen ein fachlich vertretbares Verständnis der Ausschreibungsunterlagen zugemutet wird (vgl. EuGH 4.12.2003, C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich; VwGH 22.11.2011, 2006/2006/04/0024; VwGH 12.5.2011, 2008/04/0087; vgl. Sybill Huber-Matauschek in ZVB, 10/2012, S.362). 2005/04/0190; VwGH 20.12.2005, 2003/04/0149) und EuGH vergleiche EuGH 28.3.1995, 324/93, Evans Medical, Rz 42 unter Verweis auf EuGH 20.9.1988, 31/87, Beentjes) Sache des Auftraggebers, die Anforderungen für die Leistung, die er beschaffen will, festzulegen. Allfällige Einwände gegen unsachliche, nicht erfüllbare, unklare oder widersprüchliche Festlegungen gehen jedenfalls ins Leere, wenn sie nicht innerhalb der dafür vorgesehen Fristen bekämpft werden, andernfalls diese gemäß ständiger Judikatur der Vergabekontrollbehörden und der Höchstgerichte infolge Bestandsfestigkeit präkludiert sind vergleiche zB VwGH 22.6.2011, 2011/04/0007 etc.). Darüber hinaus werden an fachkundige Bieter insofern strengere Anforderungen gestellt, als diesen ein fachlich vertretbares Verständnis der Ausschreibungsunterlagen zugemutet wird vergleiche EuGH 4.12.2003, C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich; VwGH 22.11.2011, 2006/2006/04/0024; VwGH 12.5.2011, 2008/04/0087; vergleiche Sybill Huber-Matauschek in ZVB, 10 aus 2012,, S.362).

Nach dem Gesagten liegt somit nicht nur ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor, sondern weist das Angebot der Antragstellerin zudem eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf. Eine "Umlagerung" von Kosten, führt, auch wenn sich der Gesamt-Angebotspreis nicht ändert, zu einer Verschiebung der Kosten der angebotenen Leistungen von nachgefragten Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen. Eine Vergleichbarkeit und Nachvollziehbarkeit der geforderten Leistungen ist dem Auftraggeber dadurch nicht möglich. Diese Vorgangsweise scheint den Tatbestand einer spekulativen Angebotserstellung (vgl BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34; Koller in Gast [Hrsg] BVergG-Leitsatzkommentar E 170 zu § 129) zu erfüllen, da die Antragstellerin zwischen den Positionen Umlagen durchgeführt hat in dem Sinne, als sie Positionspreise erniedrigt bzw. erhöht hat. Zudem ist entsprechend den Ausführungen in den Schriftsätzen und insbesondere in der mündlichen Verhandlung davon auszugehen, dass die Antragstellerin aufgrund der sehr detaillierten Ausschreibungsbestimmungen die Auspreisung bzw. Abrechnung vereinfachen wollte, unbestritten einzelne Leistungen mit Euro 0 ausgepreist und preislich auf Hauptpositionen umgelegt hat, wobei dies in der Regel mit einer Reduktion des Angebotspreises verbunden ist (vgl. Oberndorfer/Kukacka, Preisbildung & Preismrechnung von Bauleistungen, S. 92 f). Nach dem Gesagten liegt somit nicht nur ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor, sondern weist das Angebot der Antragstellerin zudem eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf. Eine "Umlagerung" von Kosten, führt, auch wenn sich der Gesamt-Angebotspreis nicht ändert, zu einer Verschiebung der Kosten der angebotenen Leistungen von nachgefragten Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen. Eine Vergleichbarkeit und Nachvollziehbarkeit der geforderten Leistungen ist dem Auftraggeber dadurch nicht möglich. Diese Vorgangsweise scheint den Tatbestand einer spekulativen Angebotserstellung vergleiche BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34; Koller in Gast [Hrsg] BVergG-Leitsatzkommentar E 170 zu Paragraph 129,) zu erfüllen, da die Antragstellerin zwischen den Positionen Umlagen durchgeführt hat in dem Sinne, als sie Positionspreise erniedrigt bzw. erhöht hat. Zudem ist entsprechend den Ausführungen in den Schriftsätzen und insbesondere in der mündlichen Verhandlung davon auszugehen, dass die Antragstellerin aufgrund der sehr detaillierten Ausschreibungsbestimmungen die Auspreisung bzw. Abrechnung vereinfachen wollte, unbestritten einzelne Leistungen mit Euro 0 ausgepreist und preislich auf Hauptpositionen umgelegt hat, wobei dies in der Regel mit einer Reduktion des Angebotspreises verbunden ist vergleiche Oberndorfer/Kukacka, Preisbildung & Preismrechnung von Bauleistungen, S. 92 f).

Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung konkreter Leistungspositionen, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zwischen den Leistungspositionen vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig ist (vgl Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG § 106 Rz 13, BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34; BVA 21.4.2012, N/0020- BVA/09/2012-28)). Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung konkreter Leistungspositionen, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten

Kosten zwischen den Leistungspositionen vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig ist vergleiche Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG Paragraph 106, Rz 13, BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34; BVA 21.4.2012, N/0020- BVA/09/2012-28)).

Da die Antragstellerin - wie sie selbst angibt - einzelne Leistungen bzw. Nebenleistungen in die Einheitspreise anderer Leistungspositionen einkalkuliert hat, dies jedoch entsprechend den obigen Ausführungen unzulässig ist, liegt ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot vor, welches zwingend nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden ist. Verstößt die Kalkulation gegen die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen, ist ein derartiges Angebot sofort und ohne weitere Prüfung einer Behebbarkeit des in der Ausschreibungswidrigkeit liegenden Mangels auszuschneiden (vgl BVA 21.4.2008, N/0030- BVA/10/2008-24). Eine Mängelbehebung ist jedenfalls ausgeschlossen (vgl Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG, § 129 Rz 48 bzw. 67). Da die Antragstellerin - wie sie selbst angibt - einzelne Leistungen bzw. Nebenleistungen in die Einheitspreise anderer Leistungspositionen einkalkuliert hat, dies jedoch entsprechend den obigen Ausführungen unzulässig ist, liegt ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot vor, welches zwingend nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden ist. Verstößt die Kalkulation gegen die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen, ist ein derartiges Angebot sofort und ohne weitere Prüfung einer Behebbarkeit des in der Ausschreibungswidrigkeit liegenden Mangels auszuschneiden vergleiche BVA 21.4.2008, N/0030- BVA/10/2008-24). Eine Mängelbehebung ist jedenfalls ausgeschlossen vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG, Paragraph 129, Rz 48 bzw. 67).

Wenn die Antragstellerin behauptet, die "Angabe, dass eine Position in einer oder mehreren anderen Positionen enthalten ist" sei ohnehin erschöpfend, sodass die Auftraggeberin nicht von einzelnen Bietern " nach Gutdünken irgendwelche Aufklärungen" verlangen könne (OZ 13), so ist ihr insofern beizupflichten, als die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung iSd § 125 BVergG insofern nicht erforderlich gewesen wäre, weil das Angebot der Antragstellerin ohnedies bereits aufgrund der von ihr durchgeführten Kostenumlagerung (Mischkalkulation) einzelner Positionspreise als ausschreibungswidriges Angebot zu qualifizieren ist. Eine Ausschreibungswidrigkeit stellt jedenfalls einen unbehebbarer Angebotsmangel dar. Die dessen ungeachtet durchgeführte vertiefte Angebotsprüfung hat somit zu keinem anderen Verfahrensergebnis führen können (vgl im Ergebnis hinsichtlich einer unterlassenen Aufklärung durch den Auftraggeber, VwGH 6.4.2005, 2004/04/0040). Wenn die Antragstellerin behauptet, die "Angabe, dass eine Position in einer oder mehreren anderen Positionen enthalten ist" sei ohnehin erschöpfend, sodass die Auftraggeberin nicht von einzelnen Bietern " nach Gutdünken irgendwelche Aufklärungen" verlangen könne (OZ 13), so ist ihr insofern beizupflichten, als die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung iSd Paragraph 125, BVergG insofern nicht erforderlich gewesen wäre, weil das Angebot der Antragstellerin ohnedies bereits aufgrund der von ihr durchgeführten Kostenumlagerung (Mischkalkulation) einzelner Positionspreise als ausschreibungswidriges Angebot zu qualifizieren ist. Eine Ausschreibungswidrigkeit stellt jedenfalls einen unbehebbarer Angebotsmangel dar. Die dessen ungeachtet durchgeführte vertiefte Angebotsprüfung hat somit zu keinem anderen Verfahrensergebnis führen können vergleiche im Ergebnis hinsichtlich einer unterlassenen Aufklärung durch den Auftraggeber, VwGH 6.4.2005, 2004/04/0040).

Der Vorwurf der Antragstellerin, die Ausscheidensentscheidung sei nicht ausreichend nachvollziehbar begründet geht jedenfalls ins Lee-

re: § 129 Abs. 3 BVergG verlangt, dass der Auftraggeber dem Bieter: Paragraph 129, Absatz 3, BVergG verlangt, dass der Auftraggeber dem Bieter

den Grund für das Ausscheiden bekannt gibt. Die RV führt dazu aus den Grund für das Ausscheiden bekannt gibt. Die Regierungsvorlage führt dazu aus:

"Die Regelung des Abs. 3 resultiert daraus, dass das Ausscheiden nunmehr eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt (siehe § 2 Z 16 lit. a sowie die Erläuterungen dazu). Um eine Bekämpfbarkeit zu ermöglichen, ist eine Verständigungspflicht vorzusehen. Die Regelung des Abs. 3 enthält hingegen keine Vorgabe für den Auftraggeber, wann er diese Entscheidung zu treffen hat bzw. wie er den zeitlichen Ablauf der Angebotsprüfung zu gestalten hat. Wenn bei einem Verhandlungsverfahren mit mehreren Phasen nach Abschluss einer Phase ein Bieter nicht mehr zur Überarbeitung seines Angebotes aufgefordert bzw. zu weiteren Verhandlungen eingeladen wird, stellt dies jedenfalls eine nach außen wirksame Entscheidung dar. In diesem Fall muss der Auftraggeber den betreffenden Bieter vom Ausscheiden unverzüglich verständigen. Je nach Leistungsgegenstand bzw. Art und Ablauf der Angebotsprüfung kann die Entscheidung über das Ausscheiden aber auch erst in unmittelbarem zeitlichem Konnex mit der

Zuschlagsentscheidung getroffen werden. Das Gesetz enthält auch ansonsten keine Aussage über den zeitlichen Ablauf der Angebotsprüfung und damit über den Zeitpunkt des Ausscheidens, es kann somit auch sein, dass die Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung gleichzeitig mit der Zuschlagsentscheidung erfolgt." (RV 1171 BlgNR XXII. GP 85). Das entspricht Art 41 Abs. 2 zweiter Gedankenstrich RL 2004/18/EG, wonach der öffentliche Auftraggeber auf Verlangen der betroffenen Partei unverzüglich jeden nicht berücksichtigten Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebots zu unterrichten hat."Die Regelung des Absatz 3, resultiert daraus, dass das Ausscheiden nunmehr eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt (siehe Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sowie die Erläuterungen dazu). Um eine Bekämpfbarkeit zu ermöglichen, ist eine Verständigungspflicht vorzusehen. Die Regelung des Absatz 3, enthält hingegen keine Vorgabe für den Auftraggeber, wann er diese Entscheidung zu treffen hat bzw. wie er den zeitlichen Ablauf der Angebotsprüfung zu gestalten hat. Wenn bei einem Verhandlungsverfahren mit mehreren Phasen nach Abschluss einer Phase ein Bieter nicht mehr zur Überarbeitung seines Angebotes aufgefordert bzw. zu weiteren Verhandlungen eingeladen wird, stellt dies jedenfalls eine nach außen wirksame Entscheidung dar. In diesem Fall muss der Auftraggeber den betreffenden Bieter vom Ausscheiden unverzüglich verständigen. Je nach Leistungsgegenstand bzw. Art und Ablauf der Angebotsprüfung kann die Entscheidung über das Ausscheiden aber auch erst in unmittelbarem zeitlichem Konnex mit der Zuschlagsentscheidung getroffen werden. Das Gesetz enthält auch ansonsten keine Aussage über den zeitlichen Ablauf der Angebotsprüfung und damit über den Zeitpunkt des Ausscheidens, es kann somit auch sein, dass die Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung gleichzeitig mit der Zuschlagsentscheidung erfolgt." Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 85). Das entspricht Artikel 41, Absatz 2, zweiter Gedankenstrich RL 2004/18/EG, wonach der öffentliche Auftraggeber auf Verlangen der betroffenen Partei unverzüglich jeden nicht berücksichtigten Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebots zu unterrichten hat.

In Sinne der obigen Ausführungen lässt sich aus der der Antragstellerin bekanntgegebene Ausscheidensentscheidung vom 28.9.2012 mit einer zur Überprüfung dieser Entscheidung jedenfalls erforderlichen Genauigkeit entnehmen, weshalb ihr Angebot ausgeschieden wurde, da sowohl die Ausscheidensgründe im Detail, als auch die Rechtsgrundlagen für das Ausscheiden angegeben wurden. Die Ausscheidensentscheidung lässt sich anhand der Angaben im Telefax vom 28.9.2012 nachvollziehen. Sie ist ausreichend und entspricht den Anforderungen des § 129 Abs. 3 BVergG vollständig. In Sinne der obigen Ausführungen lässt sich aus der der Antragstellerin bekanntgegebene Ausscheidensentscheidung vom 28.9.2012 mit einer zur Überprüfung dieser Entscheidung jedenfalls erforderlichen Genauigkeit entnehmen, weshalb ihr Angebot ausgeschieden wurde, da sowohl die Ausscheidensgründe im Detail, als auch die Rechtsgrundlagen für das Ausscheiden angegeben wurden. Die Ausscheidensentscheidung lässt sich anhand der Angaben im Telefax vom 28.9.2012 nachvollziehen. Sie ist ausreichend und entspricht den Anforderungen des Paragraph 129, Absatz 3, BVergG vollständig.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote u.a. dann auszuschneiden, wenn sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, fehlerhaft oder unvollständig sind, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote u.a. dann auszuschneiden, wenn sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, fehlerhaft oder unvollständig sind, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.

Der Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Z 3 leg. cit. stellt einen Sammeltatbestand für sämtliche Fehler in der Preisgestaltung dar. Er ist somit immer dann erfüllt, wenn mit den Preisen nach den gesetzlichen Vorgaben und den Anforderungen in der Ausschreibung "etwas nicht in Ordnung ist" (vgl. Fink/Hofer in in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1418; BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34; 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50). Weisen daher Angebote eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf, sind diese gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden. Der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, leg. cit. stellt einen Sammeltatbestand für sämtliche Fehler in der Preisgestaltung dar. Er ist somit immer dann erfüllt, wenn mit den Preisen nach den gesetzlichen Vorgaben und den Anforderungen in der Ausschreibung "etwas nicht in Ordnung ist" vergleiche Fink/Hofer in in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1418; BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34; 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50). Weisen daher Angebote eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf, sind diese gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden.

Das Angebot der Antragstellerin war somit entsprechend den obigen Ausführungen als ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot zu Recht schon gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden. Darüber hinaus weist das Angebot der Antragstellerin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises iSd § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auf, weshalb das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin durch den Auftraggeber auch aus diesem Grund im Ergebnis zu Recht erfolgte. Liegt - auch nur- ein Ausscheidungsgrund vor, so ist der Auftraggeber zur Ausscheidung verpflichtet (vgl BVA 21.1.2005, 17N-116/04-32; siehe auch Koller in Gast [Hrsg], BVergG-Leitsatzkommentar, E 1ff zu § 129). Der Auftraggeber hat diesbezüglich kein Ermessen (vgl VwGH 18.5.2005, 2004/04/0040; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel § 129 Rz 10). Das Angebot der Antragstellerin war somit entsprechend den obigen Ausführungen als ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot zu Recht schon gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden. Darüber hinaus weist das Angebot der Antragstellerin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auf, weshalb das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin durch den Auftraggeber auch aus diesem Grund im Ergebnis zu Recht erfolgte. Liegt - auch nur- ein Ausscheidungsgrund vor, so ist der Auftraggeber zur Ausscheidung verpflichtet vergleiche BVA 21.1.2005, 17N-116/04-32; siehe auch Koller in Gast [Hrsg], BVergG-Leitsatzkommentar, E 1ff zu Paragraph 129,). Der Auftraggeber hat diesbezüglich kein Ermessen vergleiche VwGH 18.5.2005, 2004/04/0040; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Paragraph 129, Rz 10).

Aufgrund der obigen Ausführungen war auf das weitere Vorbringen daher nicht mehr einzugehen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt II Zu Spruchpunkt römisch zwei

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Paragraph 319, (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2.Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

(3) [...]

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht obsiegt, da das Bundesvergabeamt den Nachprüfungsantrag abwies. Der Ersatz der bezahlten Pauschalgebühr findet daher nicht statt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am

31.01.2013

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