

TE Verg Bescheid 2012/10/19 N/0088-BVA/11/2012-21

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.10.2012

Norm

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §131 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1 Z2

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die erste Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 11, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie Mag. Wolfgang Pointner als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Josef Robl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "S 10 Mühlviertler Schnellstraße, Unterweikersdorf bis Freistadt Nord, Bauleistung Klappen", des Auftraggebers, Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, (ASFINAG), 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 20.09.2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die erste Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 11, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie Mag. Wolfgang Pointner als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Josef Robl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "S 10 Mühlviertler Schnellstraße, Unterweikersdorf bis Freistadt Nord, Bauleistung Klappen", des Auftraggebers, Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, (ASFINAG), 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 20.09.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 12.9.2012 zugunsten der B*** wird stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 12.9.2012 zugunsten der B*** wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr durch den Auftraggeber gemäß § 319 BVergG wird stattgegeben. Dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr durch den Auftraggeber gemäß Paragraph 319, BVergG wird stattgegeben.

Der Auftraggeber, die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, hat dem Antragsteller im Vergabeverfahren "S 10 Mühlviertler Schnellstraße, Unterweiersdorf bis Freistadt Nord, Bauleistung Klappen" den Betrag von Euro 4.500,-- für die vom Antragsteller für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution zu Händen des Rechtsvertreters zu ersetzen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum gegenständlichen Vergabeverfahren erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 10.05.2012. Es handelt sich im gegenständlichen Fall um einen Bauauftrag, der in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll.

Im Angebotsdeckblatt schien als "Auftraggeber" die Autobahnen und Schnellstraßen-, Finanzierungs-Aktiengesellschaft auf. In der Rubrik "Vergebende Stelle" waren für den Bereich "Bauleistungen" die ASFINAG Bau Management GmbH und für den Bereich "IH-Leistungen" die ASFINAG Service GmbH angegeben. Die Angebotsabgabe hatte in elektronischer Form unter der Adresse "www.avaonline.at" zu erfolgen. Informationen waren ebenso über diese genannte elektronische Adresse zu übermitteln. Außerdem war für die angebotenen Preise folgende tabellarische Übersicht vorgesehen:

" Dem (Haupt)-Angebot liegen folgende Preise zugrunde:

-	Grundleistung	Option
Summe Netto	EUR	
Aufschlag / Nachlass 0%	EUR	
Gesamtpreis		
(Grundleistung / Option)	EUR	
Gesamtpreis		
(Grundleistung +Option)	EUR	
+ 20 % MWSt	EUR	
Angebotspreis	EUR	
"		

In Punkt B.1 (Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen) Unterpunkt 1.1.12 der Ausschreibungsunterlagen, war Nachfolgendes festgelegt:

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

In Punkt B.1 (Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen) Unterpunkt 1.1.16 (Verfahrensabwicklung und Informationsübermittlung) war auf Grund der Abgabe des Angebotes in elektronischer Form unter Bezugnahme auf § 43 BVergG festgelegt, dass sämtliche Mitteilungen, Anträge, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Bieter und der vergebenden Stelle ausschließlich über die Vergabeplattform @-AVA-OnlineR bzw. über die am Angebotsdeckblatt angegebene Adresse ("www.ava-online.at") zu erfolgen hat. In Punkt B.1 (Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen) Unterpunkt 1.1.16 (Verfahrensabwicklung und

Informationsübermittlung) war auf Grund der Abgabe des Angebotes in elektronischer Form unter Bezugnahme auf Paragraph 43, BVergG festgelegt, dass sämtliche Mitteilungen, Anträge, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Bieter und der vergebenden Stelle ausschließlich über die Vergabepattform @-AVA-OnlineR bzw. über die am Angebotsdeckblatt angegebene Adresse ("www.ava-online.at") zu erfolgen hat.

In den "B.1 Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen" wurde unter Punkt 1.1.24 (Subunternehmer) wie folgt festgelegt:

".....

Für die in den Ausschreibungsunterlagen als wesentlich definierten Teile des Auftrages (siehe auch ULG 00B1) sind die vorgesehenen Subunternehmer zu nennen und in der entsprechenden Liste (Formblatt "Subunternehmerverzeichnis") vollständig anzuführen.

Für diese Subunternehmer sind folgende Nachweise vorzulegen:

- -Strichaufzählung
Sämtliche Eignungsnachweise, die vom Bieter gefordert sind, soweit sie für den Leistungsteil des Subunternehmers relevant sind.
- -Strichaufzählung
Nachweis über die Verfügungsmöglichkeit des Subunternehmers (Formblatt "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers")

Sollte der Subunternehmer zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters genannt werden, ist eine Erklärung des Subunternehmers vorzulegen, wonach dieser sich verpflichtet, im Auftragsfall mit dem Bieter solidarisch zu haften.

- -Strichaufzählung
Erklärung über die solidarische Haftung des Subunternehmers gegenüber dem AG, falls sich der Bieter zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten des Subunternehmers stützt."

In Punkt B.1 (Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen) Unterpunkt 1.1.25 der Ausschreibungsunterlagen, war Nachfolgendes festgelegt:

"1.1.25 Eignungskriterien

1.25.1 Allgemeines

Es reicht vorerst aus, dass der Bieter/die Bietergemeinschaft erklärt, dass er/sie das Vorliegen der in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Eignungsanforderungen bestätigt (Erklärung des Bieters) und seine/ihre Befugnisse im Formblatt 'Eigenerklärung des Bieters' anführt. Auf Verlangen des AG sind die geforderten Eignungsnachweise jedoch unverzüglich, spätestens binnen 7 Tagen vorzulegen. Von jenen Bietern, die für den Zuschlag in Frage kommen, wird der AG den Nachweis der Eignung jedenfalls verlangen. Das Alter der geforderten Nachweise darf 12 Monate nicht überschreiten. Stichtag ist das Ende der Angebotsfrist. Für den Nachweis der Eignung ist die Abgabe einer Kopie ausreichend. Über Verlangen des AG ist der Nachweis mittels einer beglaubigten Abschrift zu führen.

.....

Die Möglichkeit der Nachweiserbringung im Sinne des § 76 BVergG wird durch diese Bestimmungen nicht berührt.

Folgende Nachweise gemäß §§ 70 ff BVergG werden vom AG verlangt:

1.1.25.2 Nachweis der Befugnis

.....

1.1.25.4 Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

Der Bieter muss nachweisen, dass seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben ist.

1.1.25.5. Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Der Bieter muss nachweisen, dass seine technische Leistungsfähigkeit gegeben ist."

In "B.5 Leistungsverzeichnis" wurde unter Position 00B101 wie folgt festgelegt:

"Vorrangig zu den "Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen" (Teil B.1) gelten die folgenden projektspezifischen Ausschreibungsbestimmungen."

Zur Eignung (Position 00B104) wurde im Leistungsverzeichnis (B5) wie folgt festgelegt:

"00B104A KSV Rating

Zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters ist ergänzend zumindest folgendes nachzuweisen:

Die aktuelle Bonität mit einem Rating des Kreditschutzverbandes von 1870 mit einem Wert von < 350 bzw. Vorlage eines vergleichbaren Ratings einer vergleichbaren Ratingagentur. Dieser Nachweis ist durch Beilage folgender Unterlagen zu führen:

Aktuelle Bonitätsauskunft des Kreditschutzverbandes von 1870 oder einer gleichwertigen Einrichtung.

.....

00B104E Referenzprojekte

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters ist ergänzend zur

B.1 zumindest folgendes nachzuweisen:

Referenzprojekte

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind mindestens 2 Referenzprojekte anzugeben, die mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbar sind.

Letzteres ist dann der Fall, wenn folgende Kriterien erfüllt sind:

1. a)Litera a

Kriterien:

Lieferung und Montage von Abluftklappen mit einer mindesten lichten Öffnung von 6 m² und einem Funktionserhalt bei 400°C über eine Einwirkdauer von 2h.

2. b)Litera b

Beschränkung des Alters von Referenzen:

Es werden grundsätzlich nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung ab dem 01.01.2000 anerkannt und gewertet.

3. c)Litera c

Selbstdeklaration und Referenzzuordnung:

Im Formblatt 'Erklärungen hinsichtlich durchgeführter Arbeiten' sind Referenzprojekte anzugeben, die in weiterer Folge für die Auswertung der Eignungskriterien herangezogen werden.

Referenzprojekte nach Wahl des Bieters sind unter Angabe von

- -Strichaufzählung
Projektbezeichnung
- -Strichaufzählung
AG
- -Strichaufzählung
Kontaktaufnahmemöglichkeit
- -Strichaufzählung
Datum der Auftragserteilung
- -Strichaufzählung
Zeit und Ort der Bauführung

- -Strichaufzählung
ursprüngliche Auftragssumme
- -Strichaufzählung
ob die Arbeiten den anerkannten Regeln der Technik entsprachen, und ob sie
- -Strichaufzählung
ordnungsgemäß durchgeführt wurden
anzuführen.

Die vergebende Stelle behält sich vor, Auftraggeber-Bestätigungen über die ordnungsgemäße Ausführung der erbrachten Leistung (nicht jedoch für ASFINAG-Projekte) nachzufordern."

Im Leistungsverzeichnis (B5) wurde zum Zuschlagsprinzip und die Angebotsbewertung unter der Position 00B105C Folgendes ausgeführt:

"Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden zufolge Paragraph 129 BVergG übrig bleiben, wird der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt. Es sind daher keine Alternativangebote zugelassen. Die diesbezüglichen Bestimmungen in der Ausschreibung kommen nicht zur Anwendung."

Im Leistungsverzeichnis (B5) wurde bei der Preisaufschlüsselung einerseits zwischen HG 01 Positionen für die "Errichtung" und andererseits zwischen HG 02 Positionen für "IH Bestimmungen Fixpositionen" sowie HG 03 Positionen für "IH Bestimmungen Optionalpositionen" differenziert. An den dafür vorgesehen Positionen hatten die Bieter die Positionspreise anzugeben. Der Gesamtpreis resultierte aus der Summe der Preise für die HG 01 Position (Errichtung), für die HG 02 Position (IH Bestimmungen Fixpositionen) und für die HG 03 Position (IH Bestimmungen Optionalpositionen). Dieser Gesamtpreis war im Angebotsdeckblatt anzuführen. Der Gesamtpreis inklusive Mehrwertsteuer wurde als Angebotspreis bezeichnet.

Neben dem präsumtiven Zuschlagsempfänger (Gesamtpreis Euro XXXX,-- exkl. Ust) und einem weiteren dritten Bieter (Gesamtpreis Euro XXXX exkl. Ust) legte der Antragsteller (Gesamtpreis XXXX exkl. Ust) ein Angebot.Neben dem präsumtiven Zuschlagsempfänger (Gesamtpreis Euro römisch 40 ,-- exkl. Ust) und einem weiteren dritten Bieter (Gesamtpreis Euro römisch 40 exkl. Ust) legte der Antragsteller (Gesamtpreis römisch 40 exkl. Ust) ein Angebot.

Der Antragsteller nannte in seinem Angebot als Referenzen den XXXX Tunnel (AGDer Antragsteller nannte in seinem Angebot als Referenzen den römisch 40 Tunnel (AG:

Land Tirol, Auftragserteilungsdatum: XXXX, Ort: XXXX, Zeit von-bis: XXXX, Land Tirol, Auftragserteilungsdatum: römisch 40 , Ort: römisch 40 , Zeit von-bis: römisch 40 ,

Auftragssumme: XXXX., ordnungsgemäße Ausführung: ja) und den XXXX Tunnel Baulos WT 4, Klimalüftung (AG: ÖBB, Auftragserteilungsdatum: XXXX, Ort: XXXX, Zeit vonbis: XXXX, Auftragssumme: XXXX., ordnungsgemäße Ausführung: ja) und den XXXX Tunnel (Auftragserteilungsdatum: XXXX, Ort: XXXX, Zeit von-bis: XXXX, Auftragssumme: XXXX, ordnungsgemäße Ausführung: ja). Als Subunternehmer wurde die M*** für die Lieferung der Abluftklappen und die thermische Motorumhausung mit einem Leistungsanteil von 32% herangezogen. Eine entsprechende Verpflichtungserklärung des genannten Subunternehmers lag dem Angebot des Antragstellers bei. Im Leistungsverzeichnis schienen als Gesamtpreis exkl. UstAuftragssumme: römisch 40 ., ordnungsgemäße Ausführung: ja) und den römisch 40 Tunnel Baulos WT 4, Klimalüftung (AG: ÖBB, Auftragserteilungsdatum: römisch 40 , Ort: römisch 40 , Zeit vonbis: römisch 40 , Auftragssumme: römisch 40 ., ordnungsgemäße Ausführung: ja) und den römisch 40 Tunnel (Auftragserteilungsdatum: römisch 40 , Ort: römisch 40 , Zeit von-bis: römisch 40 , Auftragssumme: römisch 40 , ordnungsgemäße Ausführung: ja). Als Subunternehmer wurde die M*** für die Lieferung der Abluftklappen und die thermische Motorumhausung mit einem Leistungsanteil von 32% herangezogen. Eine entsprechende Verpflichtungserklärung des genannten Subunternehmers lag dem Angebot des Antragstellers bei. Im Leistungsverzeichnis schienen als Gesamtpreis exkl. Ust

Euro XXXX, als Preis für die HG 03 Position (IH Bestimmungen Optionalpositionen)Euro römisch 40 , als Preis für die HG 03 Position (IH Bestimmungen Optionalpositionen)

Euro XXXX, als Preis für die HG 02 Position (IH Bestimmungen Fixpositionen) Euro XXXX und als Preis für die HG 01 Position (Errichtung) Euro XXXX auf.Euro römisch 40 , als Preis für die HG 02 Position (IH Bestimmungen Fixpositionen) Euro römisch 40 und als Preis für die HG 01 Position (Errichtung) Euro römisch 40 auf.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger nannte in seinem Angebot die O*** als Subunternehmer für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, wobei die Verpflichtungserklärung zur solidarischen Haftung dem Angebot beilag. Die Gesamtbewertung des vorgelegten, mit 22.5.2012 datierten KSV-Rating des Subunternehmers betrug 326. Als Referenzen wurden vom präsuntiven Zuschlagsempfänger der Vollausbau XXXX-tunnel, A 10, 9159 (AG: ASFINAG, Auftragserteilung: XXXX, Ort: XXXX, Zeit von-bis: XXXX, Auftragssumme: XXX.) und der XXXX-tunnel 9238 (AG: Salzburger Landesregierung, Auftragserteilung: XXXX, Ort: XXXX, Zeit von-bis: XXXX, Auftragssumme: Euro XXXX) genannt. Im Leistungsverzeichnis schienen als Gesamtpreis exkl. Ust Euro XXXX, als Preis für Der präsuntive Zuschlagsempfänger nannte in seinem Angebot die O*** als Subunternehmer für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, wobei die Verpflichtungserklärung zur solidarischen Haftung dem Angebot beilag. Die Gesamtbewertung des vorgelegten, mit 22.5.2012 datierten KSV-Rating des Subunternehmers betrug 326. Als Referenzen wurden vom präsuntiven Zuschlagsempfänger der Vollausbau XXXX-tunnel, A 10, 9159 (AG: ASFINAG, Auftragserteilung: römisch 40 , Ort: römisch 40 , Zeit von-bis: römisch 40 , Auftragssumme: römisch 30 .) und der XXXX-tunnel 9238 (AG: Salzburger Landesregierung, Auftragserteilung: römisch 40 , Ort: römisch 40 , Zeit von-bis: römisch 40 , Auftragssumme: Euro römisch 40) genannt. Im Leistungsverzeichnis schienen als Gesamtpreis exkl. Ust Euro römisch 40 , als Preis für

die HG 03 Position (IH Bestimmungen Optionalpositionen) Euro XXXX, als Preis für die HG 03 Position (IH Bestimmungen Optionalpositionen) Euro römisch 40 , als Preis für

die HG 02 Position (IH Bestimmungen Fixpositionen) Euro XXXX und als Preis für die HG 01 Position (Errichtung) Euro XXXX auf. In seinem Angebotsdeckblatt waren in der Rubrik für die Preisaufschlüsselung die Preise wie folgt ausgewiesen: die HG 02 Position (IH Bestimmungen Fixpositionen) Euro römisch 40 und als Preis für die HG 01 Position (Errichtung) Euro römisch 40 auf. In seinem Angebotsdeckblatt waren in der Rubrik für die Preisaufschlüsselung die Preise wie folgt ausgewiesen:

"Dem (Haupt)-Angebot liegen folgende Preise zugrunde:

	Grundleistung		Option
Summe Netto	EUR	XXXX	
Aufschlag / Nachlass 0%	EUR	XXXX	
Gesamtpreis			
(Grundleistung / Option)	EUR	XXXX	
Gesamtpreis			
(Grundleistung +Option)	EUR	XXXX	
+ 20 % MWSt	EUR	XXXX	
Angebotspreis	EUR	XXXX	

"

Aus dem Angebotsöffnungsprotokoll vom 05.06.2012 ergibt sich, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger den Preis für die Option im Angebotsdeckblatt nicht separat ausgewiesen hat. Es geht daraus Nachfolgendes hervor:

"

Unternehmer B***

Angebot: Laufende Angebots-Nr.: 02 Abgabe am: 05.06.2012 um 9.44

Abgabeart: Plattform Abgabezustand: Plattform

gefertigt Anzahl der Bestandteile 1

Gesamtpreis Basisangebot inkl. aller Optionen XXXX EUR

Option 01 XXXX EUR

Wesentliche inkl. Nachlass: 0%; Der Preis für die Option 01 (lt. LV XXXX Euro)

Erklärungen wurde im Angebotsdeckblatt nicht separat ausgewiesen.

"

Weiters waren aus dem Angebotsöffnungsprotokoll der Gesamtpreis, sowie die Preishöhe für die angebotene Option 01 beim Angebot des Antragstellers und beim weiteren dritten Bieter ersichtlich.

Im Zuge der Prüfung der Angebote wurde der präsumtive Zuschlagsempfänger zur Aufklärung und Nachreichung von Unterlagen aufgefordert. Die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger genannte Referenz "XXXX-tunnel" entsprach nicht den Anforderungen der Ausschreibung, zumal es sich dabei um die Lieferung und Montage einer Luftkanalumschaltklappe gehandelt hatte. Dieser Aufforderung kam der präsumtive Zuschlagsempfänger fristgerecht nach. Als weitere Referenzen nannte der präsumtive Zuschlagsempfänger den XXXX-tunnel 7216 (AG: ÖSAG, Auftragserteilung: XXXX, Zeit von-bis: XXXX, Auftragssumme: Euro XXXX) und den XXXX-tunnel 7381(AG: ÖSAG, Auftragserteilung: XXXX, Zeit von-bis: XXXX, Auftragssumme: Euro XXXX). Dazu wurden entsprechende Belege nachgereicht, aus denen ersichtlich war, dass die genannten Kriterien der Ausschreibung erfüllt worden sind. Dies wurde auch auf Grund der Urgenz des Auftraggebers bestätigt. Im Zuge der Prüfung der Angebote wurde der präsumtive Zuschlagsempfänger zur Aufklärung und Nachreichung von Unterlagen aufgefordert. Die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger genannte Referenz "XXXX-tunnel" entsprach nicht den Anforderungen der Ausschreibung, zumal es sich dabei um die Lieferung und Montage einer Luftkanalumschaltklappe gehandelt hatte. Dieser Aufforderung kam der präsumtive Zuschlagsempfänger fristgerecht nach. Als weitere Referenzen nannte der präsumtive Zuschlagsempfänger den XXXX-tunnel 7216 (AG: ÖSAG, Auftragserteilung: römisch 40 , Zeit von-bis: römisch 40 , Auftragssumme: Euro römisch 40) und den XXXX-tunnel 7381(AG: ÖSAG, Auftragserteilung: römisch 40 , Zeit von-bis: römisch 40 , Auftragssumme: Euro römisch 40). Dazu wurden entsprechende Belege nachgereicht, aus denen ersichtlich war, dass die genannten Kriterien der Ausschreibung erfüllt worden sind. Dies wurde auch auf Grund der Urgenz des Auftraggebers bestätigt.

Ebenso wurde der Antragsteller im Zuge der Angebotsprüfung zur Nachreichung von Unterlagen für den Nachweis über mindestens 2 Referenzprojekte gemäß den Anforderungen der Ausschreibung aufgefordert. Dem kam der Antragsteller fristgerecht nach. Es wurden für den XXXX-tunnel ein Datenblatt, der Plan für die Klappen und eine Ausführungsbestätigung des damaligen Auftraggebers, für den XXXX-tunnel ein Datenblatt, ein Plan über die Klappen, ein Prüfbericht und eine Montage-, Inbetriebnahme-, Betriebs- und Wartungsanleitung über die Absperrklappen und für den XXXX-tunnel - eine Referenz des im Angebot genannten Subunternehmers - technische Daten, ein Plan, eine Referenzprojektbestätigung der P*** GmbH vorgelegt. Auf Grund der nachgereichten Nachweise konnte der Auftraggeber davon ausgehen, dass die Referenzen den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen.

Über die elektronische Vergabeplattform AVA Online teilte die vergebende Stelle am 12.09.2012 Folgendes mit:

"(...) teilen wir Ihnen mit, dass wir beabsichtigen, den Zuschlag im Vergabeverfahren

ID-Nr.: 11269

S10 Mühlviertler Schnellstraße, Unterweikersdorf bis Freistadt Nord

S10 Mühlviertler Schnellstraße, Unterweikersdorf bis Freistadt Nord, Bauleistung

Klappen

der Firma B***, XXXX, der Firma B***, römisch 40 ,

mit einem Gesamtpreis von Euro XXXX (netto) zu erteilen. Die Stillhaltefrist endet am 24.09.2012, 24:00 Uhr. Da als einziges Zuschlagskriterium der Preis in den Ausschreibungsunterlagen angeführt ist, ergeben sich die Vorteile des erfolgreichen Angebotes durch den günstigeren Gesamtpreis. mit einem Gesamtpreis von Euro römisch 40 (netto) zu erteilen. Die Stillhaltefrist endet am 24.09.2012, 24:00 Uhr. Da als einziges Zuschlagskriterium der Preis in den Ausschreibungsunterlagen angeführt ist, ergeben sich die Vorteile des erfolgreichen Angebotes durch den günstigeren Gesamtpreis.

Mit freundlichen Grüßen

(...)"

Mit Schriftsatz vom 20.9.2012 brachte der Antragsteller einen gegen diese Zuschlagsentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag in Verbindung mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein, dem mit

Bescheid vom 25.9.2012, N/0088-BVA/011/2012-6EV, teilweise stattgegeben wurde. Außerdem wurden der Ersatz der Pauschalgebühr und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

Begründend brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor, dass sich insgesamt drei Bieter, darunter auch der Antragsteller, durch Abgabe eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt hätten. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung sei der Antragsteller an zweiter Stelle gereiht gewesen. Aus dem Angebotsöffnungsprotokoll des Auftraggebers vom 05.06.2012 ergebe sich, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger den Preis für die Option 01 im Angebotsdeckblatt nicht separat ausgewiesen habe.

Die Zuschlagsentscheidung sei vergaberechtswidrig, da der Antragsteller mit der Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung nicht über jene Informationen verfüge, die es ihm ermöglichen würden, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen. Es würden sich hieraus lediglich der Gesamtpreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers und die Anmerkung, dass die Vorteile des erfolgreichen Angebotes im günstigeren Gesamtpreis lägen, ergeben. Eine solche Begründung erfülle nicht die Anforderungen, die an eine hinreichend verbale Begründung zu stellen seien. Darüber hinaus sei die Stillhaltefrist vergaberechtswidrig falsch berechnet.

Weiters sei das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden. Dieser verfüge nämlich nicht über die in Pos. 00B104E des Teils B.5 geforderten zwei Referenzprojekte und habe somit nicht den Nachweis über seine technische Leistungsfähigkeit erbracht. Auch werde der präsumtive Zuschlagsempfänger laut Angaben aus der KSV-Auskunft mit einem Ranking von 394 geführt, sodass er das in der Ausschreibung geforderte Rating < 350 nicht erfülle. Außerdem wurde vorgebracht, dass es der präsumtive Zuschlagsempfänger verabsäumt habe, notwendige Subunternehmer zu nennen und im entsprechenden Formblatt vollständig anzuführen bzw, dass allfällige genannte notwendige Subunternehmer nicht geeignet seien.

Überdies habe der präsumtive Zuschlagsempfänger den Preis für die Option 01 im Angebotsdeckblatt ausschreibungswidrig nicht separat ausgewiesen. Das Nichtausfüllen dieser Spalte des Angebotsdeckblattes des Auftraggebers stelle einen unbehebbarer Mangel dar, der gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG zwingend zum Ausscheiden des Angebotes zu führen habe. Überdies habe der präsumtive Zuschlagsempfänger den Preis für die Option 01 im Angebotsdeckblatt ausschreibungswidrig nicht separat ausgewiesen. Das Nichtausfüllen dieser Spalte des Angebotsdeckblattes des Auftraggebers stelle einen unbehebbarer Mangel dar, der gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zwingend zum Ausscheiden des Angebotes zu führen habe.

Der Antragsteller erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung vom 12.09.2012 in seinem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens und in der Folge in seinem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

Zum Interesse führte der Antragsteller im Antrag aus, er habe im gegenständlichen Vergabeverfahren fristgerecht ein Angebot gelegt und ein evidenten und rechtlichen Interesse am Vertragsabschluss. Es seien ihm durch die Beteiligung am Vergabeverfahren Kosten in Höhe von rund Euro XXXX sowie Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten entstanden. Dieser Aufwand wäre frustriert, wenn die Zuschlagserteilung im Sinne der Zuschlagsentscheidung erfolge. Zudem entginge dem Antragsteller durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes. Zum Interesse führte der Antragsteller im Antrag aus, er habe im gegenständlichen Vergabeverfahren fristgerecht ein Angebot gelegt und ein evidenten und rechtlichen Interesse am Vertragsabschluss. Es seien ihm durch die Beteiligung am Vergabeverfahren Kosten in Höhe von rund Euro römisch 40 sowie Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten entstanden. Dieser Aufwand wäre frustriert, wenn die Zuschlagserteilung im Sinne der Zuschlagsentscheidung erfolge. Zudem entginge dem Antragsteller durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes.

Der Auftraggeber erteilte mit Schriftsatz vom 21.09.2012 allgemeine Auskünfte. In einem weiteren Schriftsatz vom 27.9.2012 wurde ergänzend ausgeführt, dass entgegen dem Vorbringen des Antragstellers die Zuschlagsentscheidung ausreichend begründet sei. Aufgrund des geltenden Billigstbieterprinzips sei der Preis als einziges Kriterium maßgeblich, sodass der Hinweis in der Zuschlagsentscheidung auf den günstigeren Gesamtpreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers hinreichend sei. Die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes seien gemäß § 131 Abs. 1 BVergG idgF bekannt gegeben worden. Darüber hinausgehende Informationen über das Preisangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien unzulässig, zumal dadurch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse

preisgegeben würden. Der Auftraggeber sei jedoch gemäß § 23 BVergG idgF zur Wahrung der Vertraulichkeit der Informationen der Bieter verpflichtet. Der Auftraggeber erteilte mit Schriftsatz vom 21.09.2012 allgemeine Auskünfte. In einem weiteren Schriftsatz vom 27.9.2012 wurde ergänzend ausgeführt, dass entgegen dem Vorbringen des Antragstellers die Zuschlagsentscheidung ausreichend begründet sei. Aufgrund des geltenden Billigstbieterprinzips sei der Preis als einziges Kriterium maßgeblich, sodass der Hinweis in der Zuschlagsentscheidung auf den günstigeren Gesamtpreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers hinreichend sei. Die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes seien gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG idgF bekannt gegeben worden. Darüber hinausgehende Informationen über das Preisangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien unzulässig, zumal dadurch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse preisgegeben würden. Der Auftraggeber sei jedoch gemäß Paragraph 23, BVergG idgF zur Wahrung der Vertraulichkeit der Informationen der Bieter verpflichtet.

Unzutreffend sei auch das Vorbringen des Antragstellers zur unrichtigen Angabe der Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung. Im Hinblick auf § 56 Abs. 6 BVergG idgF Unzutreffend sei auch das Vorbringen des Antragstellers zur unrichtigen Angabe der Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung. Im Hinblick auf Paragraph 56, Absatz 6, BVergG idgF

ende die Stillhaltefrist nicht am 22.9.2012, sondern am 24.9.2012, da die einzuhaltende zehntägige Stillhaltefrist auf einen Samstag (22.9.2012) falle. Der präsumtive Zuschlagsempfänger verfüge auch über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit. Im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien zwei Referenzen, nämlich der Vollausbau XXXX-tunnel 9159 und der XXXX-tunnel 9238, aufgeschienen. Die erstgenannte Referenz entspreche voll inhaltlich den Anforderungen der Ausschreibung. Dies habe jedoch nicht auf die genannte Referenz "XXXX-tunnel" zugetroffen, sodass dem präsumtiven Zuschlagsempfänger die Möglichkeit zur Nachreichung von Unterlagen eingeräumt worden sei. Daraufhin habe der präsumtive Zuschlagsempfänger zwei weitere Referenzen, zu denen der XXXX-tunnel 7216 und der XXXX-tunnel 7381 gezählt hätten, bekannt gegeben. Durch die vorgelegten Unterlagen habe eindeutig nachgewiesen werden können, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger mit den weiteren genannten Referenzen die festgelegten Kriterien eindeutig erfülle. Auch die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sei vom präsumtiven Zuschlagsempfänger erfüllt worden. Ihre aktuelle Bonität liege mit einem Rating des KSV unter 350. Darüber hinaus ziehe der präsumtive Zuschlagsempfänger einen Subunternehmer heran, der über die geforderte Eignung, insbesondere über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfüge. Zutreffend sei, dass der Preis für die Option 01 (lt Teil B.5, Leistungsverzeichnis, HG03, 222.494,00 Euro) im Angebotsdeckblatt nicht separat ausgewiesen worden sei. Dies sei auch im Angebotseröffnungsprotokoll festgehalten worden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe eine Übertragung des Preises für die Option im Deckblatt nicht durchgeführt. In der Preiszusammenstellung des Leistungsverzeichnisses sei der Preis für die Option (HG 03) jedoch eindeutig enthalten. Es sei daher von einem offensichtlichen Übertragungsfehler auszugehen, der im Sinne der Judikatur als behebbarer Mangel einer Verbesserung zugänglich sei. Der ausgewiesene bzw. verlesene Gesamtpreis sei unabänderlich bzw. decke sich dieser mit dem Festlegungen im Leistungsverzeichnis des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Darüber hinaus werde der Preis für die Option mit 100 % bewertet und fließe zu 100 % in die Ermittlung ein.

Mit Schriftsatz vom 28.9.2012 erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen. Dem Antragsteller fehle es an der Antraglegitimation, zumal er nicht über die zwei geforderten Referenzprojekte verfüge. Von ihm seien bisher keine Abluftklappen mit einer mindestens Lichthöhe von 6 m² und einem Funktionserhalt von 400° über eine Einwegdauer von 2 Stunden geliefert und montiert worden. Ein entsprechender Subunternehmer, der selbst über zwei entsprechende Referenzen verfüge, sei vom Antragsteller nicht genannt worden. Darüber hinaus wäre der Antragsteller gezwungen, in Ermangelung seiner eigenen technischen Leistungsfähigkeit die ausgeschriebene Leistung de facto zur Gänze an einen Subunternehmer weiterzugeben. Im Hinblick auf die drei wesentlichen Positionen, die als Einheit zu funktionieren hätten und zu prüfen seien, sei das allenfalls vorgesehene Heranziehen eines Subunternehmers durch den Antragsteller als unzulässig zu beurteilen.

Auf Grund des geltenden Billigstbieterprinzips sei nicht ersichtlich, warum - nach Ausführungen des Antragstellers - die gegenständliche Begründung der Zuschlagsentscheidung unzureichend sein solle. Der Zuschlagsentscheidung sei eindeutig zu entnehmen, dass der günstigere Gesamtpreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers der Grund für die Zuschlagsentscheidung sei. Dem Begründungserfordernis sei damit entsprochen worden. Zwar wäre die 10-Tagesfrist für die Stillhaltefrist am 22.9.2012 - einem Samstag - abgelaufen. In einem solchen Fall ende gemäß § 56 Abs. 6 BVergG idgF die Frist erst um 24 Uhr des folgenden Arbeitstages, somit am 24.9.2012 entsprechend den Angaben in der

angefochtenen Zuschlagsentscheidung. Darüber hinaus wäre auch eine unrichtige Angabe der Stillhaltefrist für die Rechtsgültigkeit der Zuschlagsentscheidung unbeachtlich. Der Antragsteller wäre nicht beschwert, zumal der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht worden sei. Der vermeintliche - auch nicht vorliegende - Fehler wäre daher unwesentlich und könne zu keiner Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen. Es fehle an der Wesentlichkeit im Sinne von § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG idGF. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers seien vom präsumtiven Zuschlagsempfänger auch die geforderten zwei Referenzprojekte erbracht worden. Gemäß der Aufforderung des Auftraggebers seien sogar noch entsprechende Pläne/Fotodokumentation für die vom Antragsteller selbst erbrachten Referenzen, für die die Aufträge vor dem Jahr 2000 erteilt worden seien, nachgereicht worden. Bereits bei der Angebotsabgabe seien zwei geeignete, befugte, zuverlässige und über ein KSV-Rating von weniger als 350 verfügende Subunternehmer mit den entsprechenden Subunternehmererklärungen genannt worden. Aus der dem Angebot beiliegenden Verpflichtungserklärung ergebe sich die solidarische Haftung des genannten Subunternehmers. Vom Antragsteller seien sowohl die Optionsleistung 01 als auch die Grundleistung vollständig und ausschreibungskonform entsprechend dem Leistungsverzeichnis angeboten worden. Im Angebotsblatt sei darüber hinaus auch noch der Gesamtpreis (Grundleistung inklusive Option) genannt worden. Zwar sei im Deckblatt der Optionspreis nicht ersichtlich. Es handle sich dabei aber um einen behebbaren Mangel, zumal in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation ein Wettbewerbsvorteil ausgeschlossen sei. Dem bereits bei der Angebotsabgabe vorliegenden, vollständig ausgefüllten Leistungsverzeichnis seien nämlich sowohl der Preis für die Option als auch für die Grundleistung unmissverständlich zu entnehmen. Dies habe der Auftraggeber bereits bei der Angebotsöffnung erkannt und auch so festgestellt. Ein Manipulationsvorwurf sei auszuschließen. Der Umstand, dass im Angebotsdeckblatt die Option nicht nochmals gesondert ausgewiesen worden sei, sei daher unbeachtlich und rechtfertige nicht das Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Im Hinblick auf den Grundsatz der Vertraulichkeit in § 23 BVergG idGF versuche der Antragsteller unzulässiger Weise über den Umweg des gegenständlichen Nachprüfungsantrages zusätzliche Geschäftsgeheimnisse über den präsumtiven Zuschlagsempfänger in Erfahrung zu bringen und dadurch einen unfairen Wettbewerbsvorteil zu erlangen. Von einer Akteneinsicht seien jedenfalls die Kalkulation, die Referenznachweise und die genannten Subunternehmer auszunehmen. Auf Grund des geltenden Billigstbieterprinzips sei nicht ersichtlich, warum - nach Ausführungen des Antragstellers - die gegenständliche Begründung der Zuschlagsentscheidung unzureichend sein solle. Der Zuschlagsentscheidung sei eindeutig zu entnehmen, dass der günstigere Gesamtpreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers der Grund für die Zuschlagsentscheidung sei. Dem Begründungserfordernis sei damit entsprochen worden. Zwar wäre die 10-Tagesfrist für die Stillhaltefrist am 22.9.2012 - einem Samstag - abgelaufen. In einem solchen Fall ende gemäß Paragraph 56, Absatz 6, BVergG idGF die Frist erst um 24 Uhr des folgenden Arbeitstages, somit am 24.9.2012 entsprechend den Angaben in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung. Darüber hinaus wäre auch eine unrichtige Angabe der Stillhaltefrist für die Rechtsgültigkeit der Zuschlagsentscheidung unbeachtlich. Der Antragsteller wäre nicht beschwert, zumal der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht worden sei. Der vermeintliche - auch nicht vorliegende - Fehler wäre daher unwesentlich und könne zu keiner Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen. Es fehle an der Wesentlichkeit im Sinne von Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idGF. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers seien vom präsumtiven Zuschlagsempfänger auch die geforderten zwei Referenzprojekte erbracht worden. Gemäß der Aufforderung des Auftraggebers seien sogar noch entsprechende Pläne/Fotodokumentation für die vom Antragsteller selbst erbrachten Referenzen, für die die Aufträge vor dem Jahr 2000 erteilt worden seien, nachgereicht worden. Bereits bei der Angebotsabgabe seien zwei geeignete, befugte, zuverlässige und über ein KSV-Rating von weniger als 350 verfügende Subunternehmer mit den entsprechenden Subunternehmererklärungen genannt worden. Aus der dem Angebot beiliegenden Verpflichtungserklärung ergebe sich die solidarische Haftung des genannten Subunternehmers. Vom Antragsteller seien sowohl die Optionsleistung 01 als auch die Grundleistung vollständig und ausschreibungskonform entsprechend dem Leistungsverzeichnis angeboten worden. Im Angebotsblatt sei darüber hinaus auch noch der Gesamtpreis (Grundleistung inklusive Option) genannt worden. Zwar sei im Deckblatt der Optionspreis nicht ersichtlich. Es handle sich dabei aber um einen behebbaren Mangel, zumal in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation ein Wettbewerbsvorteil ausgeschlossen sei. Dem bereits bei der Angebotsabgabe vorliegenden, vollständig ausgefüllten Leistungsverzeichnis seien nämlich sowohl der Preis für die Option als auch für die Grundleistung unmissverständlich zu entnehmen. Dies habe der Auftraggeber bereits bei der Angebotsöffnung erkannt und auch so festgestellt. Ein Manipulationsvorwurf sei auszuschließen. Der Umstand, dass im Angebotsdeckblatt die Option nicht nochmals

gesondert ausgewiesen worden sei, sei daher unbeachtlich und rechtfertige nicht das Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Im Hinblick auf den Grundsatz der Vertraulichkeit in Paragraph 23, BVerfG idgF versuche der Antragsteller unzulässiger Weise über den Umweg des gegenständlichen Nachprüfungsantrages zusätzliche Geschäftsgeheimnisse über den präsumtiven Zuschlagsempfänger in Erfahrung zu bringen und dadurch einen unfairen Wettbewerbsvorteil zu erlangen. Von einer Akteneinsicht seien jedenfalls die Kalkulation, die Referenznachweise und die genannten Subunternehmer auszunehmen.

In der mündlichen Verhandlung am 17.10.2012 gab der Auftraggeber an, dass die optionale IH-Leistung (Option in der Höhe von Euro XXXX) und die Fixposition in der Höhe von circa Euro XXXX den Gesamtpreis für die Zuschlagserteilung ergeben würden. Zwar seien die Fixpositionen nicht veröffentlicht und auch im Rahmen der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegeben worden und habe sich der Auftraggeber auf seine Pflicht zur Wahrung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse berufen. Aus den Bestimmungen der Ausschreibung, die jedem Bieter bekannt gewesen seien, ergebe sich jedoch, dass die Positionen zu den IH Leistungen vom bekanntzugebenden Zuschlagspreis, der als Gesamtpreis das maßgebliche Zuschlagskriterium darstelle, nicht erfasst seien. Im Zusammenhalt mit den Festlegungen in der Ausschreibung hätte jedenfalls jedem Bieter der zugeschlagene Preis klar sein müssen. Sämtliche maßgeblichen Preise seien im Rahmen der Angebotsöffnung bekannt gegeben worden. Aufgrund dieser Umstände wäre es jedem Bieter möglich gewesen, einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Diese Vorgangsweise entspreche der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes. Der präsumtive Zuschlagsempfänger schloss sich den Ausführungen des Auftraggebers an. Im Einklang mit den Bestimmungen des § 131 BVerfG sei die Vergabesumme ordnungsgemäß bekannt gegeben worden. Der VwGH stelle darauf ab, ob den Bietern die Zuschlagsentscheidung nachvollziehbar gewesen sei. In der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation sei dies der Fall gewesen, da sich die relevante Vergabesumme aus der Zuschlagsentscheidung und aus dem Angebotsöffnungsprotokoll ergebe. Die IH-Positionen seien ebenfalls nicht relevant gewesen. Der zuschlagsrelevante Gesamtpreis sei jedenfalls nachvollziehbar gewesen. Die mathematische Nachvollziehbarkeit sei in der gegebenen Konstellation nicht relevant. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich eindeutig, welcher Preis das relevante Zufallskriterium darstelle (Gesamtpreis inklusive aller Optionen). Aus der Datenplattform sei das Angebotsöffnungsprotokoll ersichtlich gewesen. Im Zusammenhang mit dem eigenen Angebot sei der Preis nachvollziehbar gewesen. Die Datenplattform habe auch nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung downgeloadet werden können. Dem hielt der Antragsteller entgegen, dass eine Differenz von 10 % zwischen dem verlesenen Gesamtpreis und dem in der Zuschlagsentscheidung aufscheinenden Gesamtpreis mathematisch nicht nachvollziehbar sei. Die Zuschlagsentscheidung sei daher nicht transparent. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe für den relevanten Subunternehmer mit dem Angebot keine solidarische Haftungserklärung übermittelt. Es liege daher ein unbehebbarer Mangel vor. Dem präsumtiven Zuschlagsempfänger fehle es an der Eignung, sodass die Zuschlagsentscheidung nicht zu seinen Gunsten ergehen dürfe. In der mündlichen Verhandlung am 17.10.2012 gab der Auftraggeber an, dass die optionale IH-Leistung (Option in der Höhe von Euro römisch 40) und die Fixposition in der Höhe von circa Euro römisch 40 den Gesamtpreis für die Zuschlagserteilung ergeben würden. Zwar seien die Fixpositionen nicht veröffentlicht und auch im Rahmen der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegeben worden und habe sich der Auftraggeber auf seine Pflicht zur Wahrung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse berufen. Aus den Bestimmungen der Ausschreibung, die jedem Bieter bekannt gewesen seien, ergebe sich jedoch, dass die Positionen zu den IH Leistungen vom bekanntzugebenden Zuschlagspreis, der als Gesamtpreis das maßgebliche Zuschlagskriterium darstelle, nicht erfasst seien. Im Zusammenhalt mit den Festlegungen in der Ausschreibung hätte jedenfalls jedem Bieter der zugeschlagene Preis klar sein müssen. Sämtliche maßgeblichen Preise seien im Rahmen der Angebotsöffnung bekannt gegeben worden. Aufgrund dieser Umstände wäre es jedem Bieter möglich gewesen, einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Diese Vorgangsweise entspreche der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes. Der präsumtive Zuschlagsempfänger schloss sich den Ausführungen des Auftraggebers an. Im Einklang mit den Bestimmungen des Paragraph 131, BVerfG sei die Vergabesumme ordnungsgemäß bekannt gegeben worden. Der VwGH stelle darauf ab, ob den Bietern die Zuschlagsentscheidung nachvollziehbar gewesen sei. In der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation sei dies der Fall gewesen, da sich die relevante Vergabesumme aus der Zuschlagsentscheidung und aus dem Angebotsöffnungsprotokoll ergebe. Die IH-Positionen seien ebenfalls nicht relevant gewesen. Der zuschlagsrelevante Gesamtpreis sei jedenfalls nachvollziehbar gewesen. Die mathematische Nachvollziehbarkeit sei in der gegebenen Konstellation nicht relevant. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich eindeutig, welcher Preis das relevante Zufallskriterium darstelle (Gesamtpreis

inklusive aller Optionen). Aus der Datenplattform sei das Angebotsöffnungsprotokoll ersichtlich gewesen. Im Zusammenhang mit dem eigenen Angebot sei der Preis nachvollziehbar gewesen. Die Datenplattform habe auch nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung downgeloadet werden können. Dem hielt der Antragsteller entgegen, dass eine Differenz von 10 % zwischen dem verlesenen Gesamtpreis und dem in der Zuschlagsentscheidung aufscheinenden Gesamtpreis mathematisch nicht nachvollziehbar sei. Die Zuschlagsentscheidung sei daher nicht transparent. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe für den relevanten Subunternehmer mit dem Angebot keine solidarische Haftungserklärung übermittelt. Es liege daher ein unbehebbarer Mangel vor. Dem präsumtiven Zuschlagsempfänger fehle es an der Eignung, sodass die Zuschlagsentscheidung nicht zu seinen Gunsten ergehen dürfe.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger betonte, dass bereits im Angebot eine solidarische Haftung enthalten gewesen sei. Dazu werde auf das Formblatt verwiesen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, Rechtslage sowie Zulässigkeit des Antrages
römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, Rechtslage sowie Zulässigkeit des Antrages

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.2.2012, (BVergG) 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. Das gegenständliche Vergabeverfahren, welches im Mai 2012 bekannt gemacht wurde, ist demnach nach den Regelungen der Novelle zu führen. 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 16.2.2012, (BVergG) 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. Das gegenständliche Vergabeverfahren, welches im Mai 2012 bekannt gemacht wurde, ist demnach nach den Regelungen der Novelle zu führen.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 23.3.2012, N/0027-BVA/04/2012-30; 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37; 16.9.2010, N/0077- BVA/04/2010-8EV u.a). Der geschätzte Auftragswert (exkl. Ust) wurde mit Euro XXXX inkl. allfälliger Optionen (Euro XXXX) angegeben. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 23.3.2012, N/0027-BVA/04/2012-30; 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37; 16.9.2010, N/0077- BVA/04/2010-8EV u.a). Der geschätzte Auftragswert (exkl. Ust) wurde mit Euro römisch 40 inkl. allfälliger Optionen (Euro römisch 40) angegeben.

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gem. § 4 BVergG zu qualifizieren. Der auf Grund des Gesamtbauvorhabens dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag wird nach dem Billigstbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens vergeben. Die Bekanntgabe der nunmehr bekämpften Zuschlagsentscheidung ist über die elektronische Vergabepattform am 12.09.2012 erfolgt. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gem. Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren. Der auf Grund des Gesamtbauvorhabens dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag wird nach dem Billigstbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens vergeben. Die Bekanntgabe der nunmehr bekämpften Zuschlagsentscheidung ist über die elektronische Vergabepattform am 12.09.2012 erfolgt.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat rechtzeitig Einwendungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG idGF zukommt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat rechtzeitig Einwendungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG idGF zukommt.

II. Antragslegitimation des Antragstellers
römisch zwei. Antragslegitimation des Antragstellers

1. 1. Ziffer eins

Allgemeines

Das Angebot des Antragstellers wurde nicht ausgeschieden. Soweit der präsumtive Zuschlagsempfänger nunmehr vorbringt, dass das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wären, handelt es sich um ein im Rahmen der Antragslegitimation gemäß § 320 Abs 1 BVergG idGF zu prüfendes Vorbringen. Nach ständiger Judikatur des VwGH (22.6.2011, 2011/04/0011; 12.5.2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; 21.3.2011, 2007/04/0007; 18.3.2009,

2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA 10.2.2010, N/0119/04/2009-31; 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39; 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41) ist das Bundesvergabeamt nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG idgF zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Der Umstand, dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat. Das Angebot des Antragstellers wurde nicht ausgeschieden. Soweit der präsumtive Zuschlagsempfänger nunmehr vorbringt, dass das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wären, handelt es sich um ein im Rahmen der Antragslegitimation gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG idgF zu prüfendes Vorbringen. Nach ständiger Judikatur des VwGH (22.6.2011, 2011/04/0011; 12.5.2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; 21.3.2011, 2007/04/0007; 18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA 10.2.2010, N/0119/04/2009-31; 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39; 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41) ist das Bundesvergabeamt nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idgF zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Der Umstand, dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat.

Den Rahmen der Nachprüfungsbehörde für die Prüfung der Antragslegitimation schränkt der Verwaltungsgerichtshof unter Berufung auf die Judikatur des EuGH [(EuGH 28.1.2010, Rs C-406/08 (Uniplex); 19.3.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller)] insofern ein, als es dem genannten Sicherungszweck zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (vgl. auch VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011; 12.5.2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; 21.3.2011, 2007/04/0007; 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32). Den Rahmen der Nachprüfungsbehörde für die Prüfung der Antragslegitimation schränkt der Verwaltungsgerichtshof unter Berufung auf die Judikatur des EuGH [(EuGH 28.1.2010, Rs C-406/08 (Uniplex); 19.3.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller)] insofern ein, als es dem genannten Sicherungszweck zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (vergleiche auch VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011; 12.5.2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; 21.3.2011, 2007/04/0007; 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32).

Ob solche im Rahmen der Antragslegitimation zu prüfenden Ausscheidensgründe, die schon aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ersichtlich sind, vorliegen, ist nachfolgend zu prüfen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger brachte als für das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers sprechenden Grund vor, dass der Antragsteller nicht über die zwei geforderten Referenzen verfügen würde. Ein entsprechender Subunternehmer sei dazu nicht genannt worden. Auf Grund der fehlenden technischen Leistungsfähigkeit wäre der Antragsteller gezwungen, die ausgeschriebene Leistung entgegen den Vorgaben der Ausschreibung zur Gänze an einen Subunternehmer weiterzugeben.

1. 2. Ziffer 2

Referenzen und technische Leistungsfähigkeit des Antragstellers

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist

daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Teilnahmeantragsunterlagen bzw. Ausschreibung maßgeblich (vgl. VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018; ebenso BVA 5.3.2012, N/0011/04/2012-15; BVA 13.7.2011, N/0066-BVA/04/2010-33; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27 uva.). Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Teilnahmeantragsunterlagen bzw. Ausschreibung maßgeblich (vergleiche VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018; ebenso BVA 5.3.2012, N/0011/04/2012-15; BVA 13.7.2011, N/0066-BVA/04/2010-33; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27 uva.).

Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024, 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.3.2012, N/0011-BVA/04/2012-15; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/007-20 u.a.] aufgrund der oben wiedergegebenen, mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Bestimmungen (VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; 1.10.2008, 2005/04/2004) in den Ausschreibungsunterlagen (B1.Unterpunkt 1.1.25 iVm B.5 Position 00B104E) davon ausgehen, dass für die technische Leistungsfähigkeit mindestens zwei Referenzen vorzulegen sind, die die geforderten technischen Spezifikationen (Lieferung und Montage von Abluftklappen mit einer mindesten lichten Öffnung von 6 m² und einem Funktionserhalt von 400° über eine Einwirkdauer von 2 Stunden) erfüllten und für die eine Auftragserteilung ab dem 1.1.2000 erfolgte. Diese Referenzen waren im Formblatt in Form einer Selbstdeklaration mit bestimmten Daten anzugeben. Der Auftraggeber behielt sich vor, dazu eine Bestätigung des jeweiligen Auftraggebers - außer bei ASFINAG-Projekten - für die ordnungsgemäße Erbringung nachzufordern. Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024, 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.3.2012, N/0011-BVA/04/2012-15; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/007-20 u.a.] aufgrund der oben wiedergegebenen, mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Bestimmungen (VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; 1.10.2008, 2005/04/2004) in den Ausschreibungsunterlagen (B1.Unterpunkt 1.1.25 in Verbindung mit B.5 Position 00B104E) davon ausgehen, dass für die technische Leistungsfähigkeit mindestens zwei Referenzen vorzulegen sind, die die geforderten technischen Spezifikationen (Lieferung und Montage von Abluftklappen mit einer mindesten lichten Öffnung von 6 m² und einem Funktionserhalt von 400° über eine Einwirkdauer von 2 Stunden) erfüllten und für die eine Auftragserteilung ab dem 1.1.2000 erfolgte. Diese Referenzen waren im Formblatt in Form einer Selbstdeklaration mit bestimmten Daten anzugeben. Der Auftraggeber behielt sich vor, dazu eine Bestätigung des jeweiligen Auftraggebers - außer bei ASFINAG-Projekten - für die ordnungsgemäße Erbringung nachzufordern.

Der Antragsteller, der als Subunternehmer in seinem Angebot die M*** nannte, hat als Referenzen XXXX Tunnel, XXXX-tunnel Baulos WT 4 und den vom Subunternehmer durchgeführten Auftrag beim XXXX-tunnel angeführt. Aufgrund der im Zuge der Aufklärung nachgereichten Unterlagen des Antragstellers war davon auszugehen, dass die vom Antragsteller genannten Referenzen die Bestimmungen der Ausschreibung erfüllen. Auch für den erkennenden Senat ergeben sich keine Zweifel, dass der Antragsteller über die gemäß den Ausschreibungsbestimmungen geforderte technische Leistungsfähigkeit verfügt. Entgegen dem Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers war der Antragsteller auch nicht gezwungen, die ausgeschriebene Leistung de facto zur Gänze an einen Subunternehmer

weiterzugeben. Dem Antragsteller fehlt es daher nicht an der Antragslegitimation. Der Antragsteller, der als Subunternehmer in seinem Angebot die M*** nannte, hat als Referenzen römisch 40 Tunnel, XXXX-tunnel Baulos WT 4 und den vom Subunternehmer durchgeführten Auftrag beim XXXX-tunnel angeführt. Aufgrund der im Zuge der Aufklärung nachgereichten Unterlagen des Antragstellers war davon auszugehen, dass die vom Antragsteller genannten Referenzen die Bestimmungen der Ausschreibung erfüllen. Auch für den erkennenden Senat ergeben sich keine Zweifel, dass der Antragsteller über die gemäß den Ausschreibungsbestimmungen geforderte technische Leistungsfähigkeit verfügt. Entgegen dem Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers war der Antragsteller auch nicht gezwungen, die ausgeschriebene Leistung de facto zur Gänze an einen Subunternehmer weiterzugeben. Dem Antragsteller fehlt es daher nicht an der Antragslegitimation.

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

1. 1. Ziffer eins

Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers

Unter Zugrundelegung des oben genannten Interpretationsmaßstabes ist davon auszugehen, dass gemäß den Bestimmungen der Ausschreibung für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (B5 Position 00B104A) die aktuelle Bonität an Hand eines Ratings mit einem Wert < 350 nachgewiesen werden kann. Dafür kann eine aktuelle Bonitätsauskunft des KSV oder einer gleichwertigen Einrichtung vorgelegt werden.

Entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung hat der präsumtive Zuschlagsempfänger ein mit 24.5.2012 datiertes KSV-Rating mit einem Gesamtwert von 326 vorgelegt. Damit hat der präsumtive Zuschlagsempfänger die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nachgewiesen, auch wenn dieses KSV-Rating vom im Angebot für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit genannten Subunternehmer, O***, stammt.

Gemäß den Bestimmungen in der Ausschreibung (B1, Punkt 1.1.24) konnte für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ein Subunternehmer herangezogen werden, wobei allerdings eine Verpflichtungserklärung des Subunternehmers, im Auftragsfall mit dem Bieter solidarisch zu haften, erforderlich ist. Eine Verpflichtungserklärung des genannten Subunternehmers zur solidarischen Haftung wurde vom präsumtiven Zuschlagsempfänger bereits mit dem Angebot vorgelegt. Auch eine Verpflichtungserklärung zur solidarischen Haftung gegenüber dem Auftraggeber wurde übermittelt. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers in der mündlichen Verhandlung verfügt damit der präsumtive Zuschlagsempfänger über die geforderte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.

1. 2. Ziffer 2

Technische Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers

Entsprechend den Vorgaben in der Ausschreibung zur technischen Leistungsfähigkeit (B.5 Position 00B104E) verfügt der präsumtive Zuschlagsempfänger nachweislich über die zwei geforderten Referenzprojekte. Daran kann auch nichts ändern, dass nur eines der im Angebot genannten Referenzprojekte (XXXX-tunnel, 9159) den Vorgaben der Ausschreibung entsprach und der präsumtive Zuschlagsempfänger im Zuge der vom Auftraggeber zu Recht eingeräumten Verbesserungsmöglichkeit weitere der Ausschreibung entsprechende Referenzprojekte (XXXX-tunnel 7216 und XXXX-tunnel 7381) nannte.

Es handelt sich hierbei um einen verbesserungsfähigen Mangel. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gelten Mängel als unbehebbar, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Dabei ist bei der Abgrenzung zwischen behebbarer und unbehebbarer Mangel darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde (vgl. VwGH 28.2.2012, 2009/04/0120; 12.5.2011, 2008/04/0087; 25.3.2010, 2005/04/0144; 10.12.2009, 2005/04/0201; 3.9.2008, 2007/04/0017). In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, ein Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist (VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) bzw. das Anbieten einer bewertungsrelevanten Gesamtbaustellengemeinkostenpauschale für einen anderen als in der Ausschreibung geforderten Zeitraum jedoch als

unbehebbarer Mangel gewertet (VwGH 25.3.2010, 2005/04/0144). Es handelt sich hierbei um einen verbesserungsfähigen Mangel. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gelten Mängel als unbehebbar, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Dabei ist bei der Abgrenzung zwischen behebbaarem und unbehebbaarem Mangel darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde (vergleiche VwGH 28.2.2012, 2009/04/0120; 12.5.2011, 2008/04/0087; 25.3.2010, 2005/04/0144; 10.12.2009, 2005/04/0201; 3.9.2008, 2007/04/0017). In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, ein Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist (VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) bzw. das Anbieten einer bewertungsrelevanten Gesamtbaustellengemeinkostenpauschale für einen anderen als in der Ausschreibung geforderten Zeitraum jedoch als unbehebbarer Mangel gewertet (VwGH 25.3.2010, 2005/04/0144).

Durch die im Verbesserungsweg nachträglich eingeräumte Möglichkeit zur Nominierung weiterer, der Ausschreibung entsprechender Referenzen durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger kommt es zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung des präsumtiven Zustandsempfängers gegenüber seinen Mitbieter. Der präsumtive Zuschlagsempfänger verfügte bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die weiteren, nachträglich genannten ausschreibungskonformen Referenzen (XXXX-tunnel 7216 und XXXX-tunnel 7381). Die technische Leistungsfähigkeit war daher zum maßgeblichen Zeitpunkt gemäß § 69 Z 1 BVergG entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung vorhanden. Durch die im Verbesserungsweg nachträglich eingeräumte Möglichkeit zur Nominierung weiterer, der Ausschreibung entsprechender Referenzen durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger kommt es zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung des präsumtiven Zustandsempfängers gegenüber seinen Mitbieter. Der präsumtive Zuschlagsempfänger verfügte bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die weiteren, nachträglich genannten ausschreibungskonformen Referenzen (XXXX-tunnel 7216 und XXXX-tunnel 7381). Die technische Leistungsfähigkeit war daher zum maßgeblichen Zeitpunkt gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung vorhanden.

1. 3. Ziffer 3

Fehlender Optionspreis im Angebotsdeckblatt

Unter Zugrundelegung des oben genannten Interpretationsmaßstabes ergibt sich aus der Bestimmung in der Ausschreibung (B.1 Unterpunkt 1.1.24), dass ein Bieter sein Angebot vollständig mit den Textvordrucken und den dafür vorgesehenen Formblättern auszufüllen hat. Zu diesen Formblättern zählt auch das Angebotsdeckblatt. In diesem war in der Rubrik für die Preisaufschlüsselung eine Position für Bezifferung des Optionspreises vorgesehen. Dieser Optionspreis war auch im Leistungsverzeichnis anzuführen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat es verabsäumt, entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung den in seinem Leistungsverzeichnis genannten Optionspreis (Position HG 03 - IH Bestimmungen Optionalposition) in der Höhe von Euro XXXX im Angebotsdeckblatt in der Rubrik für die Preisaufschlüsselung zu nennen. Dieses formale Erfordernis ist einer Verbesserung zugänglich, zumal der präsumtive Zuschlagsempfänger dadurch entsprechend den oben angeführten Vorgaben der Judikatur seine Wettbewerbsposition gegenüber seinen Mitbieter nicht materiell verbessern würde. Der ohnehin bereits im Leistungsverzeichnis vorgegebene Optionspreis ist lediglich im Formblatt einzutragen. An der im Leistungsverzeichnis festgelegten Preiskalkulation des präsumtiven Zustandsempfängers ändert sich dadurch nichts. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat es verabsäumt, entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung den in seinem Leistungsverzeichnis genannten Optionspreis (Position HG 03 - IH Bestimmungen Optionalposition) in der Höhe von Euro römisch 40 im Angebotsdeckblatt in der Rubrik für die Preisaufschlüsselung zu nennen. Dieses formale Erfordernis ist einer Verbesserung zugänglich, zumal der präsumtive Zuschlagsempfänger dadurch entsprechend den oben angeführten Vorgaben der Judikatur seine Wettbewerbsposition gegenüber seinen Mitbieter nicht materiell verbessern würde. Der ohnehin bereits im Leistungsverzeichnis vorgegebene Optionspreis ist lediglich im Formblatt einzutragen. An der im Leistungsverzeichnis festgelegten Preiskalkulation des präsumtiven Zustandsempfängers ändert sich dadurch nichts.

Im Angebotsöffnungsprotokoll wurde auch in der Rubrik "Wesentliche Erklärungen" darauf hingewiesen, dass der Optionspreis für die Option 01 im Angebotsdeckblatt des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht separat ausgewiesen war. Im Angebotsöffnungsprotokoll scheint allerdings in der Rubrik "Wesentliche Erklärungen" der Optionspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der Höhe von Euro XXXX entsprechend dem Leistungsverzeichnis auf. Aufgrund dieser Anführung im Angebotsöffnungsprotokoll, das auch den Gesamtpreis des präsumtiven Zustandsempfängers auswies, musste der Optionspreis des präsumtiven Zustandsempfängers den übrigen Bietern bekannt sein. Im Angebotsöffnungsprotokoll wurde auch in der Rubrik "Wesentliche Erklärungen" darauf hingewiesen, dass der Optionspreis für die Option 01 im Angebotsdeckblatt des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht separat ausgewiesen war. Im Angebotsöffnungsprotokoll scheint allerdings in der Rubrik "Wesentliche Erklärungen" der Optionspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der Höhe von Euro römisch 40 entsprechend dem Leistungsverzeichnis auf. Aufgrund dieser Anführung im Angebotsöffnungsprotokoll, das auch den Gesamtpreis des präsumtiven Zustandsempfängers auswies, musste der Optionspreis des präsumtiven Zustandsempfängers den übrigen Bietern bekannt sein.

1. 4.Ziffer 4

Zuschlagsentscheidung

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081; BVA 18.9.2009, N/0071/13/2009-29) soll die Verpflichtung des Auftraggebers zur Begründung der Zuschlagsentscheidung in § 131 Abs. 1 BVergG dem Bieter die Einbringung des Nachprüfungsantrages mit ausreichender Vorbereitungszeit ermöglichen. Es handelt sich dabei um eine Bringschuld. Danach könne dem Nachprüfungswerber nicht zugemutet werden, sich die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung ist für den Ausgang des Verfahrens iSv von § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages erschwert oder verhindert wird. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081; BVA 18.9.2009, N/0071/13/2009-29) soll die Verpflichtung des Auftraggebers zur Begründung der Zuschlagsentscheidung in Paragraph 131, Absatz eins, BVergG dem Bieter die Einbringung des Nachprüfungsantrages mit ausreichender Vorbereitungszeit ermöglichen. Es handelt sich dabei um eine Bringschuld. Danach könne dem Nachprüfungswerber nicht zugemutet werden, sich die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung ist für den Ausgang des Verfahrens iSv von Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages erschwert oder verhindert wird.

Dem gegenständlichen, in Form eines offenen Verfahrens abgewickelten Vergabeverfahren lag das Billigstbieterprinzip zu Grunde, sodass die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten jenes Bieters zu ergehen hat, der die ausgeschriebene Leistung zum günstigsten Preis angeboten hat. Dieser günstigste, in der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung bekannt gegebene Preis muss sich auch im Sinne der in § 19 Abs.1 BVergG verankerten Grundsätze des Vergabeverfahrens mit den für das offene Verfahren maßgeblichen Angebotsöffnungsergebnissen decken. Es muss jede Manipulationsmöglichkeit für den Auftraggeber in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ausgeschlossen werden (vgl. in diesem Zusammenhang VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240; 21.12.2004, 2004/04/0100; BVA 11.4.2005, 04N-06/05-76). Dem gegenständlichen, in Form eines offenen Verfahrens abgewickelten Vergabeverfahren lag das Billigstbieterprinzip zu Grunde, sodass die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten jenes Bieters zu ergehen hat, der die ausgeschriebene Leistung zum günstigsten Preis angeboten hat. Dieser günstigste, in der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung bekannt gegebene Preis muss sich auch im Sinne der in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verankerten Grundsätze des Vergabeverfahrens mit den für das offene Verfahren maßgeblichen Angebotsöffnungsergebnissen decken. Es muss jede Manipulationsmöglichkeit für den Auftraggeber in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ausgeschlossen werden vergleiche in diesem Zusammenhang VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240; 21.12.2004, 2004/04/0100; BVA 11.4.2005, 04N-06/05-76).

Der Auftraggeber hat den von ihm in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung bezeichneten "Gesamtpreis" des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit einer Höhe von Euro XXXX bekannt gegeben. Die in der Zuschlagsentscheidung vom 12.9.2012 bekanntgegebene Höhe des Gesamtpreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers deckt sich damit nicht mit dem Betrag, der in der Rubrik "Gesamtpreis" für den präsumtiven Zuschlagsempfänger im

Angebotsöffnungsprotokoll festgehalten ist, nämlich Euro XXXX. Der in der Zuschlagsentscheidung angeführte Gesamtpreisbetrag des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergibt sich auch nicht durch den Abzug des im Angebotsöffnungsprotokoll ausgewiesenen Betrages von Euro XXXX für die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Option. Außer dem Gesamtpreis mit dem Betrag von Euro XXXX und dem Optionspreis mit dem Betrag von Euro XXXX scheinen im Angebotsöffnungsprotokoll für den präsumtiven Zuschlagsempfänger keine weiteren Preise auf. Der Auftraggeber hat den von ihm in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung bezeichneten "Gesamtpreis" des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit einer Höhe von Euro römisch 40 bekannt gegeben. Die in der Zuschlagsentscheidung vom 12.9.2012 bekanntgegebene Höhe des Gesamtpreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers deckt sich damit nicht mit dem Betrag, der in der Rubrik "Gesamtpreis" für den präsumtiven Zuschlagsempfänger im Angebotsöffnungsprotokoll festgehalten ist, nämlich Euro römisch 40. Der in der Zuschlagsentscheidung angeführte Gesamtpreisbetrag des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergibt sich auch nicht durch den Abzug des im Angebotsöffnungsprotokoll ausgewiesenen Betrages von Euro römisch 40 für die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Option. Außer dem Gesamtpreis mit dem Betrag von Euro römisch 40 und dem Optionspreis mit dem Betrag von Euro römisch 40 scheinen im Angebotsöffnungsprotokoll für den präsumtiven Zuschlagsempfänger keine weiteren Preise auf.

Der Argumentation des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung am 17.10.2012, wonach jedem Bieter aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen bekannt sein habe müssen, dass die Positionen zu den "IH-Leistungen" nicht vom bekannt gegebenen Zuschlagspreis, der als Gesamtpreis das maßgebliche Zuschlagskriterium darstelle, nicht erfasst seien, vermag in diesem Zusammenhang ebenso wenig zu überzeugen wie das Vorbringen des Auftraggebers, dass die maßgeblichen Preise im Rahmen der Angebotsöffnung bekannt gegeben worden seien. Der im Angebotsöffnungsprotokoll ausgewiesene Gesamtpreis ergibt sich aus der Addition der Preise für die HG Positionen 01 (Errichtung), 02 (IH Bestimmungen Fixpositionen) und 03 (IH Bestimmungen Optionalpositionen). Dieser aus der Addition der Preise für die genannten HG Positionen resultierende Gesamtpreis scheint im Angebotsöffnungsprotokoll auf und wird auch in den Leistungsverzeichnissen des präsumtiven Zuschlagsempfängers und des Antragstellers so bezeichnet. Obwohl im Angebotsöffnungsprotokoll und in der Zuschlagsentscheidung der selbe Begriff "Gesamtpreis" verwendet wurde, finden sich für diesen Gesamtpreis beim präsumtiven Zuschlagsempfänger - wie oben aufgezeigt - im Angebotsöffnungsprotokoll und in der Zuschlagsentscheidung unterschiedliche Beträge. Im Angebotsöffnungsprotokoll scheinen der Gesamtpreis und der Optionspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers auf. Die Aufsummierung dieser Preise würde jedoch nicht einmal den in der Zuschlagsentscheidung bekannt gegebenen "Gesamtpreis" des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergeben.

Entgegen dem Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der mündlichen Verhandlung am 17.10.2012 wäre auch aus den in der Datenplattform festgehaltenen Angebotsöffnungsergebnissen im Zusammenhalt mit dem eigenen Angebot der Zuschlagspreis nicht nachvollziehbar gewesen. Zum Einen deckt sich der Gesamtpreis in der Zuschlagsentscheidung nicht mit dem im Angebotsöffnungsprotokoll ausgewiesenen Gesamtpreis beim präsumtiven Zuschlagsempfänger. Zum Anderen hätten allenfalls nur der Auftraggeber bzw. der präsumtive Zuschlagsempfänger in Kenntnis der Angebotspreise des präsumtiven Zuschlagsempfängers die in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung angegebene Höhe des Gesamtpreises durch Abzug der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotenen Preise für die HG 02 (IH Bestimmungen Fixpositionen) und HG 03 Positionen (IH Bestimmungen Optionalpositionen) vom Gesamtpreis errechnen können. Dem Antragsteller war jedenfalls der Preis für die HG 02 Position (IH Bestimmungen Fixpositionen) unbekannt. Der Auftraggeber hat auch in der Zuschlagsentscheidung nicht den bekannt gegebenen "Gesamtpreis" des Zuschlagsempfängers mit dem Abzug der Preise für die HG 02 (IH Bestimmungen Fixpositionen) bzw. HG 03 Positionen (IH Bestimmungen Optionalpositionen) erklärt. Der Auftraggeber hat sich vielmehr in seiner Stellungnahme am 27.9.2012 auf die Argumentation des Schutzes der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des präsumtiven Zuschlagsempfängers zurückgezogen.

Auf Grund der gegebenen Sachverhaltskonstellation ist der Auftraggeber - entgegen seinem Vorbringen - gemäß § 131 Abs. 1 BVergG seiner Begründungspflicht in der Zuschlagsentscheidung nicht hinreichend nachgekommen. Dem Nachprüfungswechsler kann nicht zugemutet werden, sich die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung fehlenden Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages wird ihm jedenfalls auch in Anbetracht des für den Bereich der Kalkulation geltenden Schutzes der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Mitbieter, auf den sich auch der

Auftraggeber in seinem Vorbringen beruft, erschwert bzw. behindert (vgl in diesem Zusammenhang VwGH 22.5.2012, 2009/04/0187). Auf Grund der gegebenen Sachverhaltskonstellation ist der Auftraggeber - entgegen seinem Vorbringen - gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG seiner Begründungspflicht in der Zuschlagsentscheidung nicht hinreichend nachgekommen. Dem Nachprüfungswerber kann nicht zugemutet werden, sich die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung fehlenden Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages wird ihm jedenfalls auch in Anbetracht des für den Bereich der Kalkulation geltenden Schutzes der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Mitbieter, auf den sich auch der Auftraggeber in seinem Vorbringen beruft, erschwert bzw. behindert vergleiche in diesem Zusammenhang VwGH 22.5.2012, 2009/04/0187).

Es ist daher in Übereinstimmung mit der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes davon auszugehen, dass die Unterlassung der Bekanntgabe des tatsächlich günstigsten Gesamtpreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers im Einklang mit den Ergebnissen der Angebotsöffnung in der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSv § 325 Abs.1 Z 2 BVergG wesentlich ist, da in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert bzw. der Antragsteller daran gehindert wird. Es ist daher in Übereinstimmung mit der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes davon auszugehen, dass die Unterlassung der Bekanntgabe des tatsächlich günstigsten Gesamtpreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers im Einklang mit den Ergebnissen der Angebotsöffnung in der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSv Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG wesentlich ist, da in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert bzw. der Antragsteller daran gehindert wird.

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

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

Wie sich aus dem oben angeführten Spruchpunkt I. ergibt, hat der Antragsteller im Sinne von § 319 Abs. 1 BVergG idGF obsiegt, sodass der Auftraggeber im ordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 25.9.2012 teilweise stattgegeben wurde, zu verpflichten war und dem diesbezügliche Antrag des Antragstellers stattzugeben war. Wie sich aus dem oben angeführten Spruchpunkt römisch eins. ergibt, hat der Antragsteller im Sinne von Paragraph 319, Absatz eins, BVergG idGF obsiegt, sodass der Auftraggeber im ordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 25.9.2012 teilweise stattgegeben wurde, zu verpflichten war und dem diesbezügliche Antrag des Antragstellers stattzugeben war.

Zuletzt aktualisiert am

12.12.2012

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