

TE Verg Bescheid 2012/9/24 N/0068-BVA/09/2012-93

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.09.2012

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §164

BVergG 2006 §169

BVergG 2006 §187 Abs1

BVergG 2006 §267

BVergG 2006 §268

BVergG 2006 §269 Abs1 Z5

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §345 Abs15 Z3

B-VG Art14b Abs2 Z1

ÖNORM B 2061

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 § 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 § 164 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 169 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 267 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 268 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster sowie Dkfm Dr. Johann

Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Straßen-, Rück- und Landschaftsbaumaßnahmen O2 und L2" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 2. Juli 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Straßen-, Rück- und Landschaftsbaumaßnahmen O2 und L2" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 2. Juli 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag "Das BVA möge die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 21.6.2012 für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur AG vom 21.6.2012 im Vergabeverfahren "Straßen-, Rück- und Landschaftsbaumaßnahmen O2 und L2" wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 164, 169, 187 Abs 1, 267, 268 und 269 Abs 1 Z 5 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 164, 169, 187, Absatz eins, 267, 268 und 269 Absatz eins, Ziffer 5, BVergG

II.römisch zwei.

Dem Antrag, "Das BVA möge die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 9.000,00 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeber ÖBB-Infrastruktur AG, Praterstern 3, 1020 Wien, hat der antragstellenden A*** binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides zu Händen deren Rechtsvertreters die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 9.000,00 bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

1. Verfahrensgang und Sachverhalt:

Der Auftraggeber führt das gegenständliche Vergabeverfahren in einem offenen Verfahren als Bauauftrag im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip durch. Die gegenständliche Vergabe umfasst sämtliche Straßenbau-, Rückbau- und Landschaftsbaumaßnahmen sowie sämtliche weitere Leistungen, die im Zusammenhang mit dem Abschluss des Projektes "Eisenbahnachse Brenner, München - Verona, Teilprojekt Zulaufstrecke Nord" stehen.

Die Bietergemeinschaft B*** legte ein Angebot mit einem Angebotspreis von Euro XXXX netto. Die A***, beteiligte sich ebenso am Vergabeverfahren und legte ein Angebot mit einem Angebotspreis von Euro XXXX netto. Insgesamt gaben 4 Bieter ein Angebot ab. Die Bietergemeinschaft B*** legte ein Angebot mit einem Angebotspreis von Euro römisch 40 netto. Die A***, beteiligte sich ebenso am Vergabeverfahren und legte ein Angebot mit einem Angebotspreis von Euro römisch 40 netto. Insgesamt gaben 4 Bieter ein Angebot ab.

Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** (im Folgenden präsumtiver Zuschlagsempfänger) wurde den Bietern am 21.6.2012 bekannt gegeben.

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot keine Subunternehmer namhaft gemacht.

Im K 7-Blatt des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers sind bei den Positionen 01 980301 (Regie Baustofflieferungen) und Pos 01 980302 (Regie Fremdleistungen) die Herstellkosten mit jeweils Euro XXXX und der Einheitspreis je VE mit Euro XXXX ausgewiesen. Im K 7-Blatt des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers sind

bei den Positionen 01 980301 (Regie Baustofflieferungen) und Pos 01 980302 (Regie Fremdleistungen) die Herstellkosten mit jeweils Euro römisch 40 und der Einheitspreis je VE mit Euro römisch 40 ausgewiesen.

Mit Schriftsatz vom 2. Juli 2012 brachte die A***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragstellerin) beim Bundesvergabeamt einen Nachprüfungsantrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung ein.

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass sie in ihren Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, insbesondere auf ordnungsgemäße Prüfung der Angebote in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsbedingungen, vertiefte Angebotsprüfung vor Zuschlagsentscheidung, Ausscheiden von Angeboten und gesetzmäßige Zuschlagsentscheidung und in diesem Sinne auch auf Gleichbehandlung der Bieter, verletzt werde.

Vergabeverstöße / Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

Das für den Zuschlag in Aussicht genommene Angebot sei nicht zuschlagsfähig. Es sei aufgrund mangelnder technischer sowie wirtschaftlicher und finanzieller Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers und eines unplausiblen Gesamtpreises, auszuscheiden (Anm: mangels Entscheidungsrelevanz wird auf den Abdruck des Vorbringens der Parteien zur technischen sowie zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit verzichtet). Das für den Zuschlag in Aussicht genommene Angebot sei nicht zuschlagsfähig. Es sei aufgrund mangelnder technischer sowie wirtschaftlicher und finanzieller Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers und eines unplausiblen Gesamtpreises, auszuscheiden Anmerkung, mangels Entscheidungsrelevanz wird auf den Abdruck des Vorbringens der Parteien zur technischen sowie zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit verzichtet).

Zum unplausiblen Preis:

Der Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liege eklatant unter dem Preis aller sonstigen Mitbewerber. Er sei, wenn man vom Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgehe, um mehr als 50% niedriger. Ein solch geringer Preis wäre nur dann erklärbar, wenn man in der mengenmäßig alles überragenden Leistungskategorie "Entsorgung von Erdbaumaterialien" die mit rd. 250.000m³ anfallen würde, einen wesentlich besseren Preis als die anderen Mitbewerber finden würde. Dies mag bei anderen Bauvorhaben in anderen Regionen plausibel und möglich sein, nicht jedoch im gegenständlichen Fall:

Dieses Material (insbesondere Schotter), sei in den letzten Jahren im Bereich des Unterinntals aufgrund der massiven Baumaßnahmen (nicht zuletzt auch der ÖBB), in extrem hohen Mengen angefallen, sodass es dafür kaum Bedarf gebe, die Deponien sehr stark ausgelastet seien und daher kein annähernd guter Preis erzielbar sei. Eine Verfuhr des Materials über größere Strecken in Gegenden, in denen mehr dafür bezahlt werde, scheitere daran, dass die Kosten der Verfuhr solchen Erdbau- Standardmaterials über dem erzielbaren Preis liegen würden.

Daher sei es betriebswirtschaftlich völlig unplausibel und tatsächlich unmöglich, wesentlich höhere Erlöse als von der Antragstellerin und offenbar auch von den anderen Mitbewerbern kalkuliert, anzusetzen.

Der Auftraggeber hätte aufgrund der hohen Preisdifferenz das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 268 BVergG vertieft prüfen müssen. Diese Prüfung hätte ergeben (müssen), dass das Angebot wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß § 269 Abs 1 Z 3 BVergG auszuscheiden sei. Der Auftraggeber hätte aufgrund der hohen Preisdifferenz das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 268, BVergG vertieft prüfen müssen. Diese Prüfung hätte ergeben (müssen), dass das Angebot wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuscheiden sei.

Mit Schriftsatz vom 4. Juli 2012 erstattete der Auftraggeber, vertreten durch X***, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Am 10. Juli 2012 legte der Auftraggeber die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und erstattete folgende Stellungnahme zum Antragsvorbringen (soweit entscheidungsrelevant):

Zur vertieften Angebotsprüfung / Preisangemessenheit:

Der Auftraggeber habe entgegen der "Vermutung" der Antragstellerin sehr wohl eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt. Dies vor allem deshalb, da das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin unter der Kostenschätzung des Auftraggebers gelegen sei. Die Kostenschätzung des Auftraggebers sei hoch ausgefallen, da es

bei dem als Vergleich herangezogenen Baulos O1, insbesondere im Bereich "Erdbau", zu keinem effektiven Preis- / Leistungswettbewerb gekommen sei. Auch bei der gegenständlichen Ausschreibung sei ersichtlich, dass, abgesehen vom Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers, im Bereich Erdbau kein echter Bieterwettbewerb geherrscht habe. Es hätten sich nur vier Bieter an der Ausschreibung beteiligt, wobei die Antragstellerin und der drittgereihte Bieter in der LG 03 Erdbau beim Großteil der Positionen absolut idente Preise aufweisen würden.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe bisher bei Erdbaumaßnahmen im gegenständlichen Großprojekt nicht angeboten und sei der Marktzutritt eines weiteren Bieters im Sinne des freien Wettbewerbs zu begrüßen. Die Antragstellerin wolle dies jedoch offensichtlich verhindern.

Wie die Antragstellerin richtig vermute, liege der Preisunterschied im Wesentlichen in der LG Erdbau und darin begründet, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger bei der Materialdisposition eine Aufbereitung und Wiederverwertung des anfallenden Materials gewählt und zusätzlich einen Verkaufserlös kalkuliert habe. Dadurch habe er den Einheitspreis der betreffenden Position deutlich günstiger angeboten als die Antragstellerin und der drittgereihte Bieter. Diese beiden Bieter würden sich offenbar für diese LG derselben Subunternehmer bedienen und folglich in dieser LG idente Einheitspreise anbieten.

Ein Vergleich der Angebote der drei erstgereihten Bieter zueinander weise keine spekulativen Ansätze auf.

Der Auftraggeber habe beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers insbesondere hinsichtlich der LG 03 Erdbau die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise hinterfragt und gemäß § 268 Abs 3 BVergG eine verbindliche schriftliche Aufklärung eingeholt sowie ein Aufklärungsgespräch durchgeführt und die anschließende Prüfung unter Berücksichtigung der Erläuterungen bzw der vorgelegten Nachweise vorgenommen. Der Auftraggeber habe beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers insbesondere hinsichtlich der LG 03 Erdbau die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise hinterfragt und gemäß Paragraph 268, Absatz 3, BVergG eine verbindliche schriftliche Aufklärung eingeholt sowie ein Aufklärungsgespräch durchgeführt und die anschließende Prüfung unter Berücksichtigung der Erläuterungen bzw der vorgelegten Nachweise vorgenommen.

Da es sich um eine reine Plausibilitätsprüfung handle, müsse nach ständiger Rechtsprechung nicht die gesamte Kalkulation minutiös nachvollzogen, sondern nur grob geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen könne.

Die gesetzeskonform durchgeführte Angebotsprüfung einschließlich der vertieften Angebotsprüfung habe zweifelsfrei ergeben, dass der angebotene Preis zwar günstig, jedoch plausibel zusammengesetzt sei. Von einem unangemessen niedrigen Gesamtpreis könne daher keine Rede sein. Ein Ausscheidensgrund liege nicht vor.

Fehlende Antragslegitimation der Antragstellerin:

Gemäß § 240 iVm § 257 Abs 2 Z 2 BVergG habe der Bieter in seinem Angebot alle Teile - oder - sofern der Sektorenauftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen habe - nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtige, bekannt zu geben. Die in Frage kommenden Subunternehmer seien bekannt zu geben. Gemäß Paragraph 240, in Verbindung mit Paragraph 257, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG habe der Bieter in seinem Angebot alle Teile - oder - sofern der Sektorenauftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen habe - nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtige, bekannt zu geben. Die in Frage kommenden Subunternehmer seien bekannt zu geben.

Pkt. 1.1.5 der ABG des ÖBB- Konzerns für Bauaufträge treffe folgende Festlegung:

Der Bieter hat in seinem Angebot nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter im Wege von Subaufträge an Dritte zu vergeben beabsichtigt, und die dafür in Frage kommenden Subunternehmer bekannt zu geben.

Die Angebotsprüfung habe gezeigt, dass das Angebot der Antragstellerin in der LG 03 Erdbau in 328 Positionen preislich - bis auf den letzten Cent - idente Einheitspreise mit jenen des drittgereichten Bieters aufweise. Dies betreffe vorwiegend die Leistungsgruppe LG 03 "Vor-, Abtrags- und Erdbauarbeiten" und belaufe sich die Summe dieser preislich ident ausgewiesenen Leistungspositionen auf insgesamt ca. Euro XXXX,--. Dies mache - gemessen am Angebotspreis der Antragstellerin - fast ein Drittel des Angebotspreises und damit jedenfalls einen wesentlichen Leistungsteil aus. Die Angebotsprüfung habe gezeigt, dass das Angebot der Antragstellerin in der LG 03 Erdbau in 328 Positionen preislich - bis auf den letzten Cent - idente Einheitspreise mit jenen des drittgereichten Bieters aufweise. Dies

betreffe vorwiegend die Leistungsgruppe LG 03 "Vor-, Abtrags- und Erdbauarbeiten" und belaufe sich die Summe dieser preislich ident ausgewiesenen Leistungspositionen auf insgesamt ca. Euro römisch 40 ,--. Dies mache - gemessen am Angebotspreis der Antragstellerin - fast ein Drittel des Angebotspreises und damit jedenfalls einen wesentlichen Leistungsteil aus.

Von zufälligen Übereinstimmungen könne hier keine Rede sein. Die identen Preise könnten nur dadurch erklärt werden, dass sich die Antragstellerin derselben Subunternehmer wie der an dritter Stelle gereichte Bieter bediene. Dies sei auch aus den Kalkulationsblättern eindeutig ersichtlich. Aus dem K3- Blatt ergebe sich ein kalkulierter Fremdleistungszuschlag von 5%. Alle anderen Zuschläge im K3- Blatt seien mit 10% kalkuliert worden. Somit lasse sich in Zusammenschau mit den K7- Blättern eindeutig ermitteln, dass die genannten Positionen von der Antragstellerin als Fremdleistung kalkuliert worden seien.

Die Antragstellerin habe jedoch in ihrem Angebot weder wesentliche Leistungsteile bekannt gegeben, die sie an Subunternehmer zu vergeben beabsichtige, noch Subunternehmer namentlich benannt, obwohl aus ihrem Angebot aufgrund der identen Einheitspreise klar ersichtlich sei, dass sie sich bei dem oben genannten, zweifellos wesentlichen Leistungsteil Subunternehmern bediene.

Das Angebot der Antragstellerin verstoße daher gegen §§ 240 iVm 257 Abs 1 Z 2 BVergG sowie Pkt. 1.1.5 der zitierten AGB. Das Angebot der Antragstellerin verstoße daher gegen Paragraphen 240, in Verbindung mit 257 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sowie Pkt. 1.1.5 der zitierten AGB.

Die fehlende Bekanntgabe von Subunternehmen für wesentliche Leistungsteile stelle nach ständiger Rechtsprechung einen unbehebbarer Mangel dar. Spätestens im Zeitpunkt der Angebotsabgabe hätte die Antragstellerin die Subunternehmer namentlich bekannt geben müssen, auf die sie im Rahmen ihrer Leistungserbringung zurückzugreifen gedenke. Das Nachschieben von Subunternehmern nach diesem Zeitpunkt sei unzulässig.

Nach der Judikatur des VwGH habe die Vergabekontrollbehörde - auch aufgrund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller selbst nicht ausgeschieden habe - Anträge von Bietern als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergebe, dass der Bieter auszuscheiden gewesen wäre. Der Antragstellerin fehle daher, da ihr Angebot auszuscheiden sei, die Antragslegitimation.

Mit Schriftsatz vom 12. Juli 2012 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger, vertreten durch Z***, begründete Einwendungen und brachte im Wesentlichen vor, dass er ein berechtigtes Interesse am Vertragsabschluss habe. Im Fall der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wäre er in seinem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 187 Abs 1 BVergG verletzt. Mit Schriftsatz vom 12. Juli 2012 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger, vertreten durch Z***, begründete Einwendungen und brachte im Wesentlichen vor, dass er ein berechtigtes Interesse am Vertragsabschluss habe. Im Fall der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wäre er in seinem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 187, Absatz eins, BVergG verletzt.

Die von der Antragstellerin behaupteten Ausscheidensgründe würden nicht vorliegen.

Zum plausiblen Gesamtpreis:

Die Preisdifferenz sei auf den geringen Bieterwettbewerb zurückzuführen. Es hätten lediglich vier Bieter ein Angebot gelegt. Dieser eingeschränkte Wettbewerb sei der Hauptgrund dafür, dass der Preis des präsumtiven Zuschlagsempfängers so deutlich unter dem Preis der Antragstellerin liege.

Der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Preis sei betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Mit dem angebotenen Preis seien die variablen und ausgabenwirksamen fixen Herstellkosten jedenfalls gedeckt, sodass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht auszuscheiden sei. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe auch mit Gewinn kalkuliert. Der Auftraggeber sei seiner Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung detailliert und umfangreich nachgekommen. Es seien sämtliche gestellten Fragen im Detail beantwortet worden und habe der präsumtive Zuschlagsempfänger seine Kalkulation zu den angefragten Positionen offen gelegt.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe im Zuge der Angebotsphase die relevanten Marktverhältnisse recherchiert und auf Basis der der Ausschreibung beigelegten Informationen die Leistungen (Entsorgung von Erdbaumaterialien) in

der Art kalkuliert, dass 20% des Materials auf Deponien verführt und 80% verwertet würden. Den Verwertungserlös habe der präsumtive Zuschlagsempfänger im Verhältnis sehr niedrig kalkuliert.

Es sei zusammengefasst festzuhalten, dass der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Preis für die Leistungskategorie "Entsorgung von Erdbaumaterialien" kostendeckend kalkuliert worden sei. Dies gelte im Übrigen auch für alle anderen Positionen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe - in zulässiger Weise - einen ambitionierten Preis abgegeben, was insbesondere auch dadurch gerechtfertigt sei, dass es sich um ein sehr wichtiges Referenzprojekt handle und insbesondere auch zur Erweiterung der Marktanteile wesentlich beitrage. Das gegenständliche Projekt stelle auch eine wichtige Auslastung für das kommende Wirtschaftsjahr dar. All diese Überlegungen hätten im Rahmen der Kalkulation eine Rolle gespielt. Die von den Mitbewerbern angebotenen Preise seien aus Sicht des präsumtiven Zuschlagsempfängers weit überhöht.

Mit Schriftsatz vom 16. Juli 2012 erstattete die Antragstellerin eine Stellungnahme folgenden Inhalts:

Zur Preisangemessenheit:

Unabhängig von der jeweiligen Berechnungsmethode sei der gegenständliche Preisunterschied eklatant. § 268 BVergG lege einen angemessenen Preis im Sinne der betriebswirtschaftlichen Plausibilität sehr wohl und recht präzise fest. Auch der VwGH gehe nicht davon aus, dass die Preiszusammensetzung beliebig wäre. Das Bundesvergabeamt werde zu prüfen haben, ob die Preise des präsumtiven Zuschlagsempfängers tatsächlich betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Unabhängig von der jeweiligen Berechnungsmethode sei der gegenständliche Preisunterschied eklatant. Paragraph 268, BVergG lege einen angemessenen Preis im Sinne der betriebswirtschaftlichen Plausibilität sehr wohl und recht präzise fest. Auch der VwGH gehe nicht davon aus, dass die Preiszusammensetzung beliebig wäre. Das Bundesvergabeamt werde zu prüfen haben, ob die Preise des präsumtiven Zuschlagsempfängers tatsächlich betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien.

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin:

Der Auftraggeber bringe vor, dass das Angebot der Antragstellerin in 328 Positionen der LG 03 "Erdbau" auf den Cent genau mit dem Angebot des an dritter Stelle gereihten Bieters übereinstimmen würde. Daraus ziehe er den verfehlten Schluss, dass die Antragstellerin für diese Arbeiten denselben Subunternehmer für diese Leistungen heranziehe, wie der an dritter Stelle gereichte Bieter und - da die Antragstellerin für diese Leistungen keine Subunternehmer im Angebot genannt habe - das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden wäre.

Der Auftraggeber stelle die rechtliche Situation aufgrund der Vorgaben der Ausschreibung jedoch nur unvollständig dar. Zwar treffe es zu, dass in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Pkt. 1.1.5 festgelegt werde, dass der Bieter nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die er im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtige, bekannt zu geben habe. Was jedoch "wesentliche" Teile des Auftrags seien, werde nicht in diesen ABG geregelt, sondern im Ausschreibungs- LV.

Im Ausschreibungs- LV sei an einer einzigen Stelle Platz für die Nennung von Subunternehmen vorgesehen (Pos. 00A371, Seite 8). In dieser Position werde Folgendes festgelegt:

Wird der Nachweis der Eignung nur unter Heranziehung von Subunternehmen erbracht, so ist bei sonstigem Ausscheiden des Angebotes der Subunternehmer bereits mit dem Angebot namhaft zu machen.

Es sei nur eine einzige Auslegung dieser Festlegung möglich: Nur Subunternehmer, die für den Nachweis der Eignung notwendig seien, müssten bei sonstigem Ausscheiden des Angebots bereits im Angebot namhaft gemacht werden. Andere Subunternehmer seien keinesfalls als wesentlich im Sinne der Ausschreibung zu verstehen, denn deren Nichtnennung führe nicht zum Ausscheiden des Angebotes.

Selbst wenn dies anders gewesen wäre, wäre das Angebot der Antragstellerin dennoch nicht auszuschneiden gewesen: Richtig sei, dass die Preise der Antragstellerin für die Erdbauleistungen aus einem Angebot eines Subunternehmers stammen würden, dessen Preise die Antragstellerin im Zuge der Angebotsbearbeitung angefragt habe. Es sei durchaus üblich, dass ein Bieter im Zuge der Angebotsbearbeitung keine frühzeitige Entscheidung treffen könne oder wolle, ob er bestimmte Leistungen selbst oder durch einen Subunternehmer ausführen wolle. Auch im gegenständlichen Fall sei innerhalb der Bietergemeinschaft bis zur endgültigen Abstimmung über die Angebotsabgabe bzw. die anzubietenden Preise nicht endgültig klar gewesen, ob die Erdbauleistungen selbst oder durch Subunternehmer ausgeführt werden sollten. Hinsichtlich der Befugnis sei dies jedenfalls zulässig, da beide Bietergemeinschaftsmitglieder über die

Baumeisterberechtigung verfügen würden und daher gemäß § 99 GewO alle Bauarbeiten, sohin auch Erdbauarbeiten, selbst ausführen dürften. Selbst wenn dies anders gewesen wäre, wäre das Angebot der Antragstellerin dennoch nicht auszuschneiden gewesen: Richtig sei, dass die Preise der Antragstellerin für die Erdbauleistungen aus einem Angebot eines Subunternehmers stammen würden, dessen Preise die Antragstellerin im Zuge der Angebotsbearbeitung angefragt habe. Es sei durchaus üblich, dass ein Bieter im Zuge der Angebotsbearbeitung keine frühzeitige Entscheidung treffen könne oder wolle, ob er bestimmte Leistungen selbst oder durch einen Subunternehmer ausführen wolle. Auch im gegenständlichen Fall sei innerhalb der Bietergemeinschaft bis zur endgültigen Abstimmung über die Angebotsabgabe bzw. die anzubietenden Preise nicht endgültig klar gewesen, ob die Erdbauleistungen selbst oder durch Subunternehmer ausgeführt werden sollten. Hinsichtlich der Befugnis sei dies jedenfalls zulässig, da beide Bietergemeinschaftsmitglieder über die Baumeisterberechtigung verfügen würden und daher gemäß Paragraph 99, GewO alle Bauarbeiten, sohin auch Erdbauarbeiten, selbst ausführen dürften.

Letzten Endes habe sich die Antragstellerin dafür entschieden, diese Leistungen selbst auszuführen. Diese Entscheidung sei sehr spät getroffen worden und sei daher für eine vollständige Neukalkulation dieser Leistungen nicht mehr ausreichend Zeit geblieben. Die Antragstellerin habe sich daher auf eine Plausibilitätsprüfung der vom angefragten Subunternehmer bekannt gegebenen Preise beschränkt. Nach positivem Abschluss dieser Plausibilitätsprüfung seien diese Preise mit einem durchgehenden Aufschlag von 5% dem eigenen Angebot zugrunde gelegt worden.

Das Angebot der Antragstellerin sei daher weder formal noch inhaltlich mit einem Mangel behaftet und auch nicht auszuschneiden. Die gewählte Vorgangsweise sei sowohl unternehmerisch als auch rechtlich nachvollziehbar, üblich und zulässig.

Mit Schriftsatz vom 20. Juli 2012 erstattete der Auftraggeber eine weitere Stellungnahme.

Zur vertieften Angebotsprüfung / Preisangemessenheit:

Aus dem Vergabeakt sei ersichtlich, dass der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt habe. Nach eingehender Prüfung sei er zu dem Schluss gelangt, dass der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Preis zwar günstig, jedoch plausibel zusammengesetzt sei.

Zur fehlenden Antragslegitimation der Antragstellerin:

Das entsprechende Vorbringen der Antragstellerin entbehre jeder Grundlage und Glaubwürdigkeit. Zunächst widerspreche schon die von der Antragstellerin vertretene Auslegung, es wären nur eignungsrelevante Subunternehmer zu benennen gewesen, nicht nur dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibungsbedingungen, sondern auch dem klaren Gesetzeswortlaut des § 257 BVergG. § 257 Abs 1 Z 2 BVergG. Das entsprechende Vorbringen der Antragstellerin entbehre jeder Grundlage und Glaubwürdigkeit. Zunächst widerspreche schon die von der Antragstellerin vertretene Auslegung, es wären nur eignungsrelevante Subunternehmer zu benennen gewesen, nicht nur dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibungsbedingungen, sondern auch dem klaren Gesetzeswortlaut des Paragraph 257, BVergG. Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Während eignungsrelevante Subunternehmer nach § 257 Abs 1 Z 2 BVergG immer bekannt zu geben seien und für diese eine Verfügbarkeitserklärung vorzulegen sei, könne der Auftraggeber nach § 240 Abs 2 BVergG in den Ausschreibungsunterlagen für nicht eignungsrelevante Subunternehmer festlegen, dass nur die wesentlichen Teile des Auftrages, welche der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Weg von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtige, bekannt zu geben seien. Dies habe der Auftraggeber für nicht eignungsrelevante Subunternehmer in Pkt. 1.1.5 der AGB getan. Während eignungsrelevante Subunternehmer nach Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG immer bekannt zu geben seien und für diese eine Verfügbarkeitserklärung vorzulegen sei, könne der Auftraggeber nach Paragraph 240, Absatz 2, BVergG in den Ausschreibungsunterlagen für nicht eignungsrelevante Subunternehmer festlegen, dass nur die wesentlichen Teile des Auftrages, welche der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Weg von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtige, bekannt zu geben seien. Dies habe der Auftraggeber für nicht eignungsrelevante Subunternehmer in Pkt. 1.1.5 der AGB getan.

Die Festlegung in Pos. 00A371 beziehe sich schon der Überschrift nach unmissverständlich nur auf eignungsrelevante Subunternehmer (Anm.: Eignung durch Subunternehmer). Die Festlegung in Pos. 00A371 beziehe sich schon der Überschrift nach unmissverständlich nur auf eignungsrelevante Subunternehmer Anmerkung, Eignung durch

Subunternehmer).

Der von der Antragstellerin aus dieser Festlegung gezogene Schluss, dass nicht eignungsrelevante Subunternehmer nicht als wesentlich im Sinne der Ausschreibung zu verstehen seien und daher von ihr nicht zu nennen gewesen wären, sei absurd.

Die Behauptung der Antragstellerin, dass die preislich identen Positionen zwar aus einem Subunternehmerangebot stammen würden, welches die Antragstellerin im Zuge der Angebotsbearbeitung angefragt habe, man sich jedoch knapp vor Angebotsabgabe dafür entschieden habe, diese Leistungen doch selbst zu erbringen, sei als bloße Schutzbehauptung zu qualifizieren. Die Antragstellerin selbst habe insgesamt ca. 44% ihres Angebots als Subleistung kalkuliert. Dass eine Entscheidung über einen derart großen Anteil des Angebotes in aller letzter Minute getroffen worden sein solle und daher die Subunternehmerpreise nach bloßer Plausibilitätsprüfung dem Angebot zugrunde gelegt hätten werden müssen, da eine neue Kalkulation als Eigenleistung zeitlich nicht mehr möglich gewesen wäre, sei weder plausibel noch nachvollziehbar.

Es handle sich dabei offensichtlich um eine bloße Schutzbehauptung, um über den aus dem Angebotsinhalt klar ersichtlichen Umstand, dass die Antragstellerin denselben Subunternehmer einsetze wie ein Mitbieter, ohne diesen aber zu nennen, hinwegzutäuschen. Die Antragstellerin habe vielmehr schlicht auf die Subunternehmerbekanntgabe vergessen.

Selbst wenn die Antragstellerin - nunmehr entgegen dem eindeutigen Angebotsinhalt - behaupte, die Leistungen tatsächlich als Eigenleistungen erbringen zu wollen, obwohl sie sämtliche Leistungen als Fremdleistungen kalkuliert und angeboten habe, so stelle dies eine unzulässige Angebotsänderung im offenen Verfahren dar.

Mit Schriftsatz vom 20. Juli 2012 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger eine weitere Stellungnahme.

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin:

Aus Sicht des präsumtiven Zuschlagsempfängers stelle die Behauptung der Antragstellerin, wonach die Entscheidung, ob die Erdbauarbeiten selbst oder durch Subunternehmer durchgeführt würden, erst kurz vor der Angebotsabgabe getroffen worden sei, eine Schutzbehauptung dar. Die Antragstellerin verfüge über ausreichende Ressourcen, um einen derartigen Auftrag - wenn gewollt - selbst zu kalkulieren. Die Antragstellerin habe auch ausreichend Vorerfahrungen aus dem Großbauprojekt Inntal. Die von der Antragstellerin behauptete Vorgangsweise sei aus unternehmerischer Sicht unüblich und entspreche nicht den normalen Gepflogenheiten.

Zur Beurteilung kalkulationstechnischer Fragen im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 24. Juli 2012, N/0068-BVA/09/2012-36, DI M*** zum nicht-amtlichen Sachverständigen bestellt.

Mit Schriftsatz vom 20. August 2012 übermittelte der Sachverständige Befund und Gutachten, welche von der Behörde ins Parteiengehör geschickt wurden.

Der Befund lautet - soweit entscheidungsrelevant - auszugsweise:

[...].

K7-Blätter

1 Verrechnungseinheit VE bei den Regie "01 980301 Baustofflieferungen" und 01 980302 Fremdleistungen ist der Rechnungsbetrag in EUR (ohne Ust.), welcher vom Auftragnehmer für die Lieferung von Baumaterialien frei Verwendungsstelle bzw. für Fremdleistungen aufgewendet wird. Das ist der ausgabewirksame variable Rechnungsbetrag von 1 EUR plus die anteiligen Gesamtzuschläge. Die angebotenen Einheitspreise bei den Regiepositionen Baustofflieferungen, Fremdleistungen beinhalten als Herstellkosten nur den "zusätzlich" anzubietenden Gesamtzuschlag. Ein Gesamtzuschlag wurde nicht kalkuliert. Die Kalkulation im K7-Blatt widerspricht der Aufklärung dass Baustoffe kostenlos geliefert und Fremdleistungen kostenlos beigestellt werden. Mangels Zuschlagsbasis gibt es bei einer kostenlosen Leistung (keine Herstellkosten) auch keinen Gesamtzuschlag. Die Erklärung einer gesamtkalkulatorischen Abdeckung geht - da nicht nachvollziehbar - ins Leere. "Geschenke" bei Regiepositionen widersprechen nicht nur dem Verhalten eines ordentlichen Kaufmannes, der Auftraggeber kann durch die notwendige Anordnung von Regieleistungen den wirtschaftlichen Erfolg des Bieters/späteren Vertragspartners steuern.

Durch das Fehlen der Basis des Verrechnungs"-EUR ergibt sich bei XXXX VE und XXXX VE ein Fehlbetrag an ausgabewirksamen variablen Kosten von XXXX Euro. Durch das Fehlen der Basis des Verrechnungs"-EUR ergibt sich bei römisch 40 VE und römisch 40 VE ein Fehlbetrag an ausgabewirksamen variablen Kosten von römisch 40 Euro.

[....].

Bei den Positionen "980303A Z Fremdleistungen Entsorgung" und "980303B Z Fremdleistungen Reinigung" wurde bei allerdings je nur XXXX VE sehr wohl der "richtige" Einheitspreis angeboten. Bei den Positionen "980303A Z Fremdleistungen Entsorgung" und "980303B Z Fremdleistungen Reinigung" wurde bei allerdings je nur römisch 40 VE sehr wohl der "richtige" Einheitspreis angeboten.

[.....]

Das Gutachten lautet - soweit entscheidungsrelevant - auszugsweise:

3.1 Handelt es sich bei den im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers in den LG 03 ("Vor-, Abtrags- und Erdarbeiten"), die sich in den OG 02, 03, 04, 05, 06 und 07 finden, angesetzten Preisen um angemessene, betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar Preise (Frage 1)?

Eine vertiefte Angebotsprüfung wurde durchgeführt, die angesetzten Preise sind bis auf einige "Ausreißer" angemessen sowie betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar.

3.1.1 K-Blätter

Die Ermittlung des Gesamtzuschlages im K3-Blatt ist plausibel und lässt auf Grund der angebotenen Höhe Raum (Anteil nicht ausgabenwirksame Kosten) für den gewährten Nachlass.

3.1.2 unplausible variable und kurzfristig ausgabewirksame Kosten

Die Regie Baustofflieferungen und Fremdleistungen werden so geringfügig angeboten dass die variablen Kosten nicht abgedeckt sind. Eine kostenlose Lieferung von Baustoffen und Fremdleistungen im Zuge von Regiearbeiten ist betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar außer man rechnet mit deren Entfall. Die Erklärung einer gesamtkalkulatorischen Abdeckung geht - da nicht nachvollziehbar - ins Leere. Eine Verschiebung von variablen Kosten zwischen den ausgeschriebenen Positionen ("Mischkalkulation") widerspricht den Vorgaben der ONORM B 2061.

Der Auftraggeber kann theoretisch bei der Vertragsabwicklung durch die notwendige Beauftragung von Regieleistungen den wirtschaftlichen Erfolg des Bieters/späteren Vertragspartner steuern - praktisch wird bei "günstigen Regiepreisen immer über die Notwendigkeit der Anordnung von Regiepositionen diskutiert, da ja entsprechende Leistungspositionen oder mögliche Nachtragspositionen zur Verfügung stehen.

[...].

3.1.4 Kostenumlagen - spekulativer Gesamtpreis

[...].

3.1.5 Gesamtbild

Die angesprochenen Preise im Angebot der B*** sind nicht plausibel, eine betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit ist nicht gegeben.

3.2 Führen zu niedrige Einheitspreise in diesen Positionen zu einer unplausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes bzw zu einer spekulativen Preisgestaltung (Frage 2)?

Im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers kam es nach dem Gesagten zu Umlagerungen und unzulässigen Preisverschiebungen. Eine solche "Umlagerung" führt zu einer Verschiebung der Kosten der angebotenen Leistungen von nachgefragten mengenabhängigen Einheitspreispositionen in andere sicher zur Abrechnung kommende Pauschalpreispositionen.

Auch "Geschenke" von Regiepositionen oder nicht kalkulierte Altlastenbeiträge ergeben zu niedrige Einheitspreise.

Mit Schriftsatz vom 27. August 2012 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger eine Stellungnahme zum Gutachten des Sachverständigen vom 20.9.2012 und brachte, soweit entscheidungsrelevant, vor:

Zum plausiblen Gesamtpreis:

Der Sachverständige habe zu Frage 1 ausgeführt, dass eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei und die angesetzten Preise bis auf einige "Ausreißer" angemessen sowie betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien.

Bei der Prüfung der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit handle es sich um eine Plausibilitätsprüfung. Es müsse nur grob geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen könne. Das von der Antragstellerin angezweifelte Materialkonzept sei vom Sachverständigen für in Ordnung befunden worden. Der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Gesamtpreis sei auch laut Sachverständigem plausibel und betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Die ausgeschriebenen Leistungen könnten jedenfalls zu den angebotenen Preisen erbracht werden. Ein Ausscheidensgrund liege daher nicht vor.

Nach Ansicht des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei die weitergehende Prüfung des Angebots nicht vom Auftragsumfang des Sachverständigen umfasst gewesen. Die in Pkt. 3.1.1 bis Pkt. 3.1.4 getätigten Ausführungen seien daher für das Verfahren nicht weiter relevant.

Die vom Sachverständigen als "Ausreißer" bezeichneten Positionen würden ungeachtet dessen, dass die Ausführungen des Sachverständigen zu diesen Positionen unrichtig seien, nichts an der Plausibilität und betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit des angebotenen Gesamtpreises ändern. Bei den vom Sachverständigen herangezogenen Einheitspreisen handle es sich um keine wesentlichen Positionen für die Ausführung der gegenständlichen Leistung. Ein allenfalls nicht plausibler Einheitspreis in einer Position führe daher nicht automatisch zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises.

Zu den Regien, Baustofflieferungen und Fremdleistungen:

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe bei seinem Angebot Jahresrabatte, die er bei Erreichen von bestimmten Umsatzwerten von seinen Lieferanten und Subunternehmen erhalte, berücksichtigt. Ausgehend davon, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger, wenn er den gegenständlichen Auftrag erhalte, die vereinbarten Umsatzwerte erreiche, habe er die Jahresrabatte in seiner Kalkulation bei den strittigen VE- Positionen berücksichtigt. Aus diesem Grund habe er auch in seinem Aufklärungsschreiben festgehalten, dass die kostenlose Lieferung der Baustoffe und Fremdleistungen "gesamtkalkulatorisch abgedeckt" sei. Damit sei nicht gemeint gewesen, dass er die variablen Kosten zwischen den ausgeschriebenen Positionen verschiebe bzw. diese Kosten in andere Positionen einkalkuliert habe.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe im Gegenteil seine möglichen umsatzabhängigen Bonifikationen (Rabatte), die er bei Ausführung des gegenständlichen Auftrages aufgrund des Erreichens der vereinbarten Umsatzwerte von seinen Lieferanten und Subunternehmen erhalte, an den Auftraggeber durch die strittigen VE- Positionen weitergegeben. Diese Vorgehensweise sei vergaberechtlich zulässig. Es könne einem Bieter nicht verwehrt werden, eine Einzelposition zu dem ihm seinerseits von seinen Lieferanten bzw. Subunternehmern in Rechnung gestellten Preis anzubieten. Es sei auch zulässig, dass sich ein Bieter auf einen Jahresbonus eines Lieferanten berufe und diesen bei der Preiserstellung berücksichtige.

Vom präsumtiven Zuschlagsempfänger seien entgegen der Vermutung des Sachverständigen keine Kosten in andere Positionen umgelegt worden. Ausgehend von den ausgeschriebenen XXXX VE seien unter Berücksichtigung der angebotenen Euro XXXX/VE die restlichen Euro XXXX durch die Jahresrabatte abgedeckt. Vom präsumtiven Zuschlagsempfänger seien entgegen der Vermutung des Sachverständigen keine Kosten in andere Positionen umgelegt worden. Ausgehend von den ausgeschriebenen römisch 40 VE seien unter Berücksichtigung der angebotenen Euro XXXX/VE die restlichen Euro römisch 40 durch die Jahresrabatte abgedeckt.

Die Weitergabe der Jahresrabatte erfolge insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich für den präsumtiven Zuschlagsempfänger beim gegenständlichen Projekt um ein wesentliches Referenzprojekt handle. Nach der Rechtsprechung sei auch ein unter den Selbstkosten kalkulierter Preis per se nicht ein unangemessener Preis, der zum Ausscheiden des Angebotes verpflichte. Mit dem Referenzprojekt verschaffe sich der präsumtive Zuschlagsempfänger die Möglichkeit, seine Geschäftstätigkeit auch auf das Bundesland Tirol auszuweiten. Auf diesem Markt sei er bisher nicht tätig gewesen.

Aus all diesen Gründen erfolge entgegen dem Gutachten des Sachverständigen keine unzulässige Mischkalkulation. Es seien auch keine Geschenke gemacht worden.

[....].

Der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Gesamtpreis sowie die vom Sachverständigen bemängelten Einzelpreise seien plausibel und betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Vom präsumtiven Zuschlagsempfänger seien keine Kostenumlagerungen vorgenommen und auch keine Geschenke gemacht worden. Es sei keine Spekulation erfolgt. Der Preis des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei ambitioniert, aber vergaberechtlich jedenfalls zulässig.

Mit Schriftsatz vom 27. August 2012 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme zum Gutachten und brachte, soweit entscheidungsrelevant, vor:

Zur plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises; Preisangemessenheit gegeben:

Der Sachverständige habe in seinem Gutachten festgestellt, dass eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei und die angesetzten Preise bis auf einige Ausreißer angemessen sowie betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Den Ausscheidensgrund des § 269 Abs 1 Z 3 BVergG würden jedoch nur Angebote verwirklichen, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würden. Davon abgesehen, dass auch diese vom Sachverständigen vermeinten wenigen Ausreißer vom präsumtiven Zuschlagsempfänger ausreichend und nachvollziehbar aufgeklärt worden seien und nach Ansicht des Auftraggebers auch nicht vorliegen würden, könne sich keine Unangemessenheit des Gesamtpreises ergeben und damit auch kein Ausscheidensgrund. Der Sachverständige habe in seinem Gutachten festgestellt, dass eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei und die angesetzten Preise bis auf einige Ausreißer angemessen sowie betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Den Ausscheidensgrund des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG würden jedoch nur Angebote verwirklichen, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würden. Davon abgesehen, dass auch diese vom Sachverständigen vermeinten wenigen Ausreißer vom präsumtiven Zuschlagsempfänger ausreichend und nachvollziehbar aufgeklärt worden seien und nach Ansicht des Auftraggebers auch nicht vorliegen würden, könne sich keine Unangemessenheit des Gesamtpreises ergeben und damit auch kein Ausscheidensgrund.

[...].

Zu Pkt. 3.1.2 des Gutachtens; Regiepositionen:

Der Gesamtpreis sei trotz niedriger Einheitspreise für die erwähnten zwei Regiepositionen jedenfalls auskömmlich. Es handle sich um einen Betrag von etwa Euro XXXX, dies entspreche in etwa XX% der Angebotssumme. Erklärt sei der geringe Einheitspreis in diesen Positionen damit worden, dass nur der Gesamtzuschlag kalkuliert worden sei. Die Baustofflieferungen und Fremdleistungen würden kostenlos auf Basis einer gesamtkalkulatorischen Abdeckung erfolgen. Diese ergebe sich durch Jahresrabatte für den präsumtiven Zuschlagsempfänger bei seinen Subunternehmern bzw. Lieferanten, welche zur Erzielung eines günstigen Gesamtpreises vom Bieter eingesetzt worden seien. Dies aus Auslastungsgründen sowie zum Zweck der Erlangung einer Referenz. Auch wenn daher die Regiepositionen unter den variablen Kosten angesetzt worden seien, sei der Gesamtpreis trotzdem jedenfalls auskömmlich und plausibel zusammengesetzt. Eine Verschiebung von variablen Kosten (Mischkalkulation) liege nicht vor. Der Gesamtpreis sei trotz niedriger Einheitspreise für die erwähnten zwei Regiepositionen jedenfalls auskömmlich. Es handle sich um einen Betrag von etwa Euro römisch 40, dies entspreche in etwa XX% der Angebotssumme. Erklärt sei der geringe Einheitspreis in diesen Positionen damit worden, dass nur der Gesamtzuschlag kalkuliert worden sei. Die Baustofflieferungen und Fremdleistungen würden kostenlos auf Basis einer gesamtkalkulatorischen Abdeckung erfolgen. Diese ergebe sich durch Jahresrabatte für den präsumtiven Zuschlagsempfänger bei seinen Subunternehmern bzw. Lieferanten, welche zur Erzielung eines günstigen Gesamtpreises vom Bieter eingesetzt worden seien. Dies aus Auslastungsgründen sowie zum Zweck der Erlangung einer Referenz. Auch wenn daher die Regiepositionen unter den variablen Kosten angesetzt worden seien, sei der Gesamtpreis trotzdem jedenfalls auskömmlich und plausibel zusammengesetzt. Eine Verschiebung von variablen Kosten (Mischkalkulation) liege nicht vor.

[.....].

Zu Pkt. 3.2 des Gutachtens:

Die Fragen bezüglich spekulativer Preisgestaltung und unplausiblen Gesamtpreis seien nicht beantwortet worden. Der Gutachter beziehe sich nur auf die unter Pkt. 3.1 beschriebenen Ausreißer.

Die im Gutachten dargelegten vermeintlichen Ausreißer würden jedoch nicht vorliegen. Ebenso liege eine Umlagerung von Kosten bzw. eine unzulässige Preisverschiebung nach dem Gesagten nicht vor und könne daher zu keiner unplausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen.

Vielmehr zeige sich, dass die angesprochenen Ausreißer maximal einen Betrag in Höhe von Euro XXXX ergeben würden. Der Unterschied zwischen dem Angebot des Erst- und Zweitgereihten liege jedoch bei Euro XXXX. Dies unterstreiche, dass die Preise des zweitgereihten Angebots, insbesondere die identen Preise, auffällig seien. Vielmehr zeige sich, dass die angesprochenen Ausreißer maximal einen Betrag in Höhe von Euro römisch 40 ergeben würden. Der Unterschied zwischen dem Angebot des Erst- und Zweitgereihten liege jedoch bei Euro römisch 40. Dies unterstreiche, dass die Preise des zweitgereihten Angebots, insbesondere die identen Preise, auffällig seien.

Mit Schriftsatz vom 29. August 2012 erstattete die Antragstellerin eine Stellungnahme zum Gutachten. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass die Fragestellung an den Sachverständigen, die er in Pkt. 2.1 des Gutachtens wiedergebe, exakt jene Umstände umfasse, die er auch im Gutachten untersucht habe, nämlich jene, die der Auftraggeber im Zuge der vertieften Angebotsprüfung gemäß § 268 Abs 2 BVergG selbst hätte prüfen müssen. Das Gutachten stelle eine Grobprüfung dar, eine minutiöse Prüfung würde den Umfang des Gutachtens übersteigen. Wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger vermeine, dass die Punkte

Mit Schriftsatz vom 29. August 2012 erstattete die Antragstellerin eine Stellungnahme zum Gutachten. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass die Fragestellung an den Sachverständigen, die er in Pkt. 2.1 des Gutachtens wiedergebe, exakt jene Umstände umfasse, die er auch im Gutachten untersucht habe, nämlich jene, die der Auftraggeber im Zuge der vertieften Angebotsprüfung gemäß Paragraph 268, Absatz 2, BVergG selbst hätte prüfen müssen. Das Gutachten stelle eine Grobprüfung dar, eine minutiöse Prüfung würde den Umfang des Gutachtens übersteigen. Wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger vermeine, dass die Punkte

3.1.1 bis 3.1.4 des Gutachtens überschießend wären, so sei er offenbar der Auffassung, dass der Gutachter überhaupt nur eine Aussage zur Angemessenheit des Gesamtpreises hätte treffen dürfen, ohne auf die Zusammensetzung dieses Gesamtpreises einzugehen. Eine solche Prüfung würde jedoch dem BVergG nicht entsprechen. Es könnte die geforderte plausible, also betriebswirtschaftliche Erklärung, nachvollziehbare Zusammensetzung des Gesamtpreises so auch nicht ansatzweise festgestellt werden.

Daher sei auch die Behauptung des Auftraggebers, dass sich aus einer mangelnden betriebswirtschaftlichen Plausibilität von Einzelpreisen keine Unangemessenheit des Gesamtpreises ergeben könnte, verfehlt. § 269 Abs 1 Z 3 BVergG fordere, dass ein Angebot auszuschneiden sei, das eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise. Diese Zusammensetzung sei die betriebswirtschaftliche und natürlich auch technische Erklär- und Nachvollziehbarkeit der einzelnen Preise als Teile des Gesamtpreises. Dies gelte auch für Sektorenauftraggeber. Auch eine Grobprüfung im Sinne der VwGH- Judikatur müsse zumindest soweit gehen, dass festgestellt werden könne, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Davon abgesehen, würde die VwGH-Judikatur der Vergabekontrollbehörde keine minutiöse Überprüfung verbieten. Sie sei nur hiezu nicht verpflichtet. Im Verfahren zu Tage tretende Ausscheidensgründe seien jedenfalls von Amts wegen wahrzunehmen. Daher sei auch die Behauptung des Auftraggebers, dass sich aus einer mangelnden betriebswirtschaftlichen Plausibilität von Einzelpreisen keine Unangemessenheit des Gesamtpreises ergeben könnte, verfehlt. Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG fordere, dass ein Angebot auszuschneiden sei, das eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise. Diese Zusammensetzung sei die betriebswirtschaftliche und natürlich auch technische Erklär- und Nachvollziehbarkeit der einzelnen Preise als Teile des Gesamtpreises. Dies gelte auch für Sektorenauftraggeber. Auch eine Grobprüfung im Sinne der VwGH- Judikatur müsse zumindest soweit gehen, dass festgestellt werden könne, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Davon abgesehen, würde die VwGH-Judikatur der Vergabekontrollbehörde keine minutiöse Überprüfung verbieten. Sie sei nur hiezu nicht verpflichtet. Im Verfahren zu Tage tretende Ausscheidensgründe seien jedenfalls von Amts wegen wahrzunehmen.

Zu Pkt. 3.1.2, Regiepositionen:

Der Auftraggeber bestreite gar nicht die betriebswirtschaftliche Unplausibilität der Preise, sondern führe offenbar die Argumentation des präsumtiven Zuschlagsempfängers an, dass diese Unterpreise für den Markteintritt in Tirol als Referenzprojekt besonders wichtig wären und daher die Baustofflieferungen und Fremdleistungen kostenlos auf Basis

einer gesamtkalkulatorischen Abdeckung erfolgen würden. Der Gesamtpreis sei jedoch auskömmlich. Die Behauptung der Zulässigkeit von Unterpreisen für den Markteintritt sei jedoch aus mehreren Gründen falsch:

Nicht kostendeckende Preise seien grundsätzlich nicht zulässig. Grundsätzlich müssten sämtliche direkt zuordenbaren Kosten in den Preisen abgedeckt sein. Die reine Behauptung irgendwelcher Motive für Unterpreise entbehre einer nachvollziehbaren Begründung. Der Auftraggeber wolle nur erfahrene Unternehmer mit den Arbeiten betrauen. Es kämen daher nur Unternehmer in Betracht, die keinen Markteintritt benötigen würden, da sie bereits umfangreich in diesem Markt tätig seien. Zu behaupten, der präsumtive Zuschlagsempfänger hätte sowohl in technischer als auch in wirtschaftlicher Hinsicht diese Erfahrung nachgewiesen, andererseits aber Unterpreise für den Markteintritt zu akzeptieren, sei ein Widerspruch in sich. Lokalpräferenzen seien in der Ausschreibung nicht enthalten.

Falls nicht kostendeckende Preise überhaupt zu rechtfertigen wären - was hier nicht der Fall sei - müssten auch diese betriebswirtschaftlich plausibel kalkuliert sein, etwa durch einen Gesamtnachlass auf den Gesamtpreis. Das bloße Verschieben bestimmter Einzelleistungen stelle nichts anderes als die spekulative Verschiebung von Kostenanteilen in andere Positionen dar (dies sei jedoch unzulässig). Eine solche Verschiebung sei vom Auftraggeber in Wahrheit bestätigt worden, wenn er darlege, dass bestimmte Leistungen in einer gesamtkalkulatorischen Abdeckung kalkuliert worden seien. Dies bedeute, dass Kosten durch Preise in anderen Positionen verdient werden sollten als in jenen, in denen sie laut Ausschreibung zu kalkulieren gewesen wären. Eine spekulative Verschiebung oder Nichtkalkulation von Kosten als Markteintrittsgeschenk sei eine reine Schutzbehauptung.

[...].

Zu Pkt. 3.2:

Die Angabe des Auftraggebers, dass der Sachverständige die Frage nach spekulativer Preisgestaltung und unplausiblen Gesamtpreis nicht beantwortet hätte, sei nicht nachvollziehbar. Nach dem Gutachten komme es eindeutig zu Umlagerungen und unzulässigen Preisverschiebungen. Dies nicht nur bei den Regien und Abbruchpositionen, sondern etwa auch bei der Pos. 05 03 1024, bei der Materialkosten nicht kalkuliert worden seien. Dies sei nichts anderes als die vom Gesetz angeführte Spekulation und unplausible Preiszusammensetzung.

Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre gemäß § 269 Abs 1 Z 3 BVergG auszuscheiden. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuscheiden.

Am 30. August 2012 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt.

In der mündlichen Verhandlung legte RA O*** (Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers) eine Stellungnahme von P***, vom 29.8.2012, betitelt als "Analyse der Preisangemessenheit ausgewählter Positionen" vor. Diese wurde als OZ 67a zum Akt genommen. Weiters wurden Schreiben der L*** vom 20.1.2011, der K*** vom 13.2.2012 (Anm: beides Subunternehmer) sowie der J*** vom 23.4.2007 (Anm: Lieferant) an die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorgelegt. In der mündlichen Verhandlung legte RA O*** (Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers) eine Stellungnahme von P***, vom 29.8.2012, betitelt als "Analyse der Preisangemessenheit ausgewählter Positionen" vor. Diese wurde als OZ 67a zum Akt genommen. Weiters wurden Schreiben der L*** vom 20.1.2011, der K*** vom 13.2.2012 (Anmerkung, beides Subunternehmer) sowie der J*** vom 23.4.2007 (Anmerkung, Lieferant) an die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorgelegt.

Parteienvorbringen, soweit entscheidungsrelevant:

Über Befragen, wer die vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt habe, erklärte I***, dass dies H*** und G*** gewesen seien. Herr G*** sei Diplomingenieur für Bauwesen, Wasser und Umwelt. Herr H*** sei Diplomingenieur für das Bauwesen.

DI I*** gab über Befragen an, dass der Auftraggeber bei so großen Projekten standardmäßig eine vertiefte Angebotsprüfung durchführe. Gegenständlich sei zusätzlich die Preisdifferenz der Angebote auffällig gewesen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe seine Kalkulation offen gelegt. Auch sei ein Preisspiegel zur Anwendung gekommen. Diese Unterlagen seien ausreichend für die vertiefte Angebotsprüfung gewesen. Wenn die Aufklärungsantworten plausibel erscheinen würden, bestehe kein Grund, weiter nachzuforschen. Die sich schlussendlich auch im Aufklärungsprotokoll wiederfindenden Antworten bzw. Erklärungen seien vom Auftraggeber - als Ergebnis des kontradiktorischen Aufklärungsgesprächs - als plausibel angesehen worden.

DI I*** gab zu Protokoll, dass dem Auftraggeber der Preis in Pos. 010803 Regie Baustofflieferung, Fremdleistungen, natürlich aufgefallen sei. Der Auftraggeber habe die Aufklärung "kostenlos" so verstanden, dass der 1 Euro Rechnungsbetrag nicht zur Anwendung komme, sondern lediglich der Gesamtzuschlag von 15% (XXXX Euro/VE). DI I*** gab zu Protokoll, dass dem Auftraggeber der Preis in Pos. 010803 Regie Baustofflieferung, Fremdleistungen, natürlich aufgefallen sei. Der Auftraggeber habe die Aufklärung "kostenlos" so verstanden, dass der 1 Euro Rechnungsbetrag nicht zur Anwendung komme, sondern lediglich der Gesamtzuschlag von 15% (römisch 40 Euro/VE).

GF E*** gab hiezu an, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger vom Lieferanten bzw. Subunternehmer zwar eine Rechnung bekomme, jedoch gleichzeitig eine Gutschrift in entsprechender Höhe erhalte. Die 15% würden die klassischen Geschäftsgemeinkosten darstellen (Gesamtzuschlag K3- Blatt). Der Baustoff sei für den Auftraggeber somit kostenlos, dies habe der präsumtive Zuschlagsempfänger im Aufklärungsgespräch so dargelegt. Die XXXX Euro/VE entstünden dem präsumtiven Zuschlagsempfänger in jedem Fall. In Pos. 0698 (Entsorgungskosten und Reinigung von Fäkalgruben) habe der präsumtive Zuschlagsempfänger als Einheitspreis XXXX Euro/VE dargestellt. Dies deshalb, da der präsumtive Zuschlagsempfänger für die genannten Arbeiten keine Gutschriften erhalte. GF E*** gab hiezu an, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger vom Lieferanten bzw. Subunternehmer zwar eine Rechnung bekomme, jedoch gleichzeitig eine Gutschrift in entsprechender Höhe erhalte. Die 15% würden die klassischen Geschäftsgemeinkosten darstellen (Gesamtzuschlag K3- Blatt). Der Baustoff sei für den Auftraggeber somit kostenlos, dies habe der präsumtive Zuschlagsempfänger im Aufklärungsgespräch so dargelegt. Die römisch 40 Euro/VE entstünden dem präsumtiven Zuschlagsempfänger in jedem Fall. In Pos. 0698 (Entsorgungskosten und Reinigung von Fäkalgruben) habe der präsumtive Zuschlagsempfänger als Einheitspreis römisch 40 Euro/VE dargestellt. Dies deshalb, da der präsumtive Zuschlagsempfänger für die genannten Arbeiten keine Gutschriften erhalte.

RA O*** ergänzte, dass die im Zuge der Verhandlung vorgelegten Dokumente hinsichtlich der Rabatte nicht die Pos. 0698 betreffen würden.

Über Befragen ergänzte GF E***, dass unter der von ihm im Aufklärungsgespräch verwendeten Formulierung "gesamtkalkulatorische Abdeckung" die Weitergabe der oben dargestellten Rabatte gemeint gewesen sei.

GF E*** erklärte, dass die Darstellung des Gesagten durch den Kalkulanten im K7- Blatt womöglich unzutreffend gewesen sei; vielleicht nicht 100% korrekt mathematisch dargestellt worden sei durch den Kalkulanten. Seine Anweisung an den Kalkulanten habe folgendermaßen gelautet: "Dass wir für die Baustofflieferungen und Fremdleistungen in diesen Regiepositionen die bei uns vorhandenen wirtschaftlichen Gutschriften einsetzen und wir nur den Gesamtzuschlag lukrieren wollen. Auf diesen Gesamtzuschlag von 15% wird noch der Gesamtnachlass von 7% abgezogen."

DI I*** und GF E*** gaben übereinstimmend an, dass die Darstellung des dargelegten Kalkulationsmodells offensichtlich oder wahrscheinlich ein technisches Problem des Kalkulationsprogrammes darstelle. Im Endergebnis würden jedoch 15% als Gesamtzuschlag übrig bleiben.

RA D*** beantragte die zeugenschaftliche Einvernahme des DI N***, ÖBB, zum Beweis dafür, dass die Antragstellerin in einem Gespräch zugestanden hätte, vergessen zu haben, ihre Subunternehmer offen zu legen bzw. im Angebot namhaft zu machen.

GF E*** brachte vor, dass das Bauvorhaben für den präsumtiven Zuschlagsempfänger von großer Wichtigkeit sei, da durch die Bearbeitung dieser Baustelle auch noch zusätzliche Baustellen in diesem Raum generiert werden könnten, da dadurch über Ressourcen, wie Schüttmaterial und Schotter verfügt werde, die ansonsten nicht zur Verfügung stehen würden.

Aufgrund der Ergebnisse des Sachverständigengutachtens, der Stellungnahmen der Parteien zum Sachverständigengutachten und den Ergebnissen der mündlichen

Verhandlung, wurde der Sachverständige mit Schreiben vom 11.9.2012, GZ: N/0068- BVA/09/12012-78, mit ergänzenden Fragebeantwortungen beauftragt (siehe unten).

Am 14.9.2012 erstattete der Sachverständige nachstehendes Ergänzungsgutachten:

1 Fragen (Schreiben Bundesvergabeamt vom 2012-09-11,

1.1 Frage 1

Entspricht die Kalkulation des präsumtiven Zuschlagsempfängers in den Regiepositionen 01 980301 (Baustofflieferungen) und 01 980302 (Fremdleistungen) den Vorgaben der ÖNORM B 2061 und dem bestandsfesten Leistungsverzeichnis? (Anm:

Und zwar ohne Berücksichtigung der Erklärungen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers hiezu im Nachprüfungsverfahren!).

Wenn nein, warum nicht? Gegen welche konkrete Bestimmung wurde verstoßen?

1.2 Frage 2

Entspricht die Kalkulation des präsumtiven Zuschlagsempfängers in den Positionen "Besondere Kosten Abbrucharbeiten Tirol" den Vorgaben der ÖNORM B 2061?

(Anm: Und zwar ohne Berücksichtigung der Erklärungen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers hiezu im Nachprüfungsverfahren!).Anmerkung, Und zwar ohne Berücksichtigung der Erklärungen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers hiezu im Nachprüfungsverfahren!).

Wenn nein, warum nicht? Gegen welche konkrete Bestimmung wurde verstoßen?

2 Antworten

2.1 Zu Frage 1

Die Kalkulation des präsumtiven Zuschlagsempfängers in den Regiepositionen 01 980301 (Baustofflieferungen) und 01 980302 (Fremdleistungen) entspricht weder den Vorgaben der ÖNORM B 2061 noch dem bestandsfesten Leistungsverzeichnis.

Gemäß ONORM B 2061:1999 "Preisermittlung für Bauleistungen - Verfahrensnorm" sind Einzelkosten [3.6] Kosten der Leistungserbringung, die einer bestimmten Leistung - das ist die jeweilige Position - direkt zugeordnet werden können.

Die Einzelkosten [5.1] bestehen aus fixen und variablen Kosten. Sie sind Zuschlagsträger im Sinne von 6.1 und werden unterteilt in

1. 1.Ziffer eins
Einzellohnkosten siehe 5.1.1
2. 2.Ziffer 2
Einzelmaterialkosten siehe 5.1.2
3. 3.Ziffer 3
Einzelgerätekosten siehe 5.1.3.

Der Ermittlung der Einzelkosten ist der für eine Leistung sachlich und wirtschaftlich gerechtfertigte Werteinsatz zu Grunde zu legen. Die Einzelkosten von Fremdleistungen ergeben sich aus den Angeboten Dritter. Allenfalls in Zusammenhang mit diesen noch zu erbringende Eigenleistungen sind in den Kosten der entsprechenden Einzelleistung zu erfassen.

Wiederholt auftretende Kostenelemente werden im Gesamtzuschlag [6.1] zusammengefasst und dem Zuschlagsträger zugeschlagen. Der Gesamtzuschlag [3.8] ist die Zusammenfassung aller über die Kosten der Zuschlagsträger hinausgehenden Kosten (Geschäftsgemeinkosten, sonstige Gemeinkosten, Bauzinsen) zuzüglich des kalkulatorischen Wagnisses und Gewinnes.

Durch Aufrechnung des jeweiligen Gesamtzuschlages auf die (Lohn-, Material-, Geräte- oder Fremdleistungs-)Kosten ergeben sich die Preise [8]

Bei den Positionen aus der standardisierten Leistungsbeschreibung VERKEHRSINFRASTRUKTUR der FSV (LB-V102, 2010-10)

01 980301 Baustofflieferungen

Baustofflieferungen im Zuge von Regiearbeiten.

XXXX VERörmisch 40 VE

01 980302 Fremdleistungen

Fremdleistungen im Zuge von Regiearbeiten.

XXXX VErömisch 40 VE

ist der für eine Leistung sachlich und wirtschaftlich gerechtfertigte Werteinsatz durch die Ständigen Vorbemerkungen von 01 9803 Regie Baustofflieferungen, Fremdleistungen vorgegeben:

Die Verrechnung erfolgt nach Verrechnungseinheiten (VE). Die Verrechnungsmenge entspricht dem Rechnungsbetrag in EUR (ohne Ust.), welcher vom Auftragnehmer für die Lieferung von Baumaterialien frei Verwendungsstelle bzw. für Fremdleistungen aufgewendet wird.

Der Rechnungsbetrag ist durch saldierte Rechnungen nachzuweisen und muss allfällige gewährte Rabatte berücksichtigen. Skonti (Nachlässe bei früherem Zahlungsziel) oder Zinsen für verspätete Zahlungen bleiben unberücksichtigt

Die (Einzel-)Kosten für eine 1 VE - vom Auftragnehmer im Anordnungsfall durch Rechnung nachgewiesen - sind gemäß LV 1 EURO. Der Einheitspreis ergibt sich mit dem im K3-Blatt ermittelten prozentuellen Aufschlag (Gesamtzuschlag Material auf Baustofflieferungen bzw. Gesamtzuschlag Fremdleistung auf Fremdleistungen).

Der Gesamtzuschlag kann für die einzelnen Zuschlagsträger verschieden hoch sein. Er wurde für alle Zuschlagsträger einheitlich mit einem Prozentsatz von +15% angeboten. Als Einheitspreis ist daher jeweils 1,15 EURO einzusetzen.

Die angebotenen Einheitspreise je VE bei den Regiepositionen Baustofflieferungen und Fremdleistungen betragen 0,15 EURO. Sie beinhalten gemäß K7-Blatt als Herstellkosten nur den "zusätzlich" anzubietenden Gesamtzuschlag. Ein Gesamtzuschlag wurde nicht kalkuliert.

Die angebotenen Herstellkosten von 0,15 EURO widersprechen den gemäß LV vorgegebenen Kosten von 1 EURO. Die "Div Stoffkosten Fremdleistungen Regie wurden im K7-Blatt vorn K4-Blatt (Zeile 455) als (Herstell-)Kosten zwar richtig mit 1,00 EURO übernommen, durch eine falsche Ansatzmenge von 0,15 EURO jedoch auf diesen Wert reduziert. Sinngemäß gilt dies anteilig auch für den "NU Lohn Regiearbeiten".

Der Entfall des Gesamtzuschlages widerspricht dem Prinzip der Zuschlagskalkulation gemäß ÖNORM B 2061. Die Preisanteile "Lohn" bzw. "Sonstiges." ergeben sich aus den Einzelkosten für die zutreffende Leistung zuzüglich des jeweiligen Gesamtzuschlages. [9.2] Bei den "Div Stoffkosten Fremdleistungen Regie" wurde im K4-Blatt (Zeile 455) zwar konsequent, aber falsch sowohl bei Materialkosten als auch bei Materialpreis 1,00 EURO kalkuliert und angeboten. Der Materialpreis wäre mit 1,15 EURO einzusetzen.

Die in der Aufklärung erklärte kostenlose Lieferung von Baustoffen und Fremdleistungen ist ausschreibungsgemäß nicht darstellbar. "Kostenlose" Rechnungen mit einem Euro-Betrag gemäß angeordneter Leistung und gleichzeitiger Gutschrift führen zu einem Rechnungsbetrag von 0,00 EURO und damit zu keinem Verrechnungs-EURO und zu keiner Basis für den Gesamtzuschlag als "Abwicklungsentschädigung". Der Rechnungsbetrag ist gemäß LV durch saldierte Rechnungen nachzuweisen und muss allfällige gewährte Rabatte und damit auch Gutschriften berücksichtigen.

2.2 Zu Frage 2

[...].

Mit Schriftsatz vom 19. September 2012 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten des Sachverständigen und brachte, soweit entscheidungsrelevant, Folgendes vor:

Die Antragstellerin habe weder in ihrem Nachprüfungsantrag noch in der mündlichen Verhandlung das Vorliegen eines Verstoßes gegen die ÖNORM B 2061 bzw. gegen das Leistungsverzeichnis geltend gemacht. Der vermeintliche Ausscheidensgrund einer ÖNORM-Widrigkeit bzw eines Verstoßes gegen das LV sei daher im Nachprüfungsverfahren auch nicht erörtert worden. Die Antragstellerin habe vielmehr nur das Vorliegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises vorgebracht.

Der von der Behörde an den Sachverständigen erteilte Auftrag zur Erstattung des Ergänzungsgutachtens "ohne Berücksichtigung der Erklärungen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers hiezu im Nachprüfungsverfahren" verstoße gegen das Verfahrensrecht. Auf die nähere Erörterung der sich aus dem Vergabeakt ergebenden Erklärungen sowie des Erstgutachtens des Sachverständigen mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung sei vollumfänglich in Bedacht zu nehmen.

Mit der Feststellung, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger gegen die Vorgaben der ÖNORM B 2061 verstoßen habe, habe der Sachverständige eine Rechtsfrage beantwortet. Die nunmehr vom Sachverständigen behauptete Normwidrigkeit sei in der mündlichen Verhandlung nicht thematisiert worden.

Der Auftraggeberstellungnahme vom 19.9.2012 war eine Stellungnahme des DI I*** angeschlossen, worin vorgebracht wurde, dass der Einheitspreis von Euro 0,15 den Gesamtzuschlag darstellen würde. Weiters, dass ein Jahresbonus, welcher sich aus anderen Aufträgen ergebe, analog Skonti oder Verzugszinsen beim Rechnungsbetrag nicht zu berücksichtigen wäre.

Mit Schriftsatz vom 19. September 2012 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger zum Ergänzungsgutachten des Sachverständigen - soweit entscheidungsrelevant - im Wesentlichen folgende Stellungnahme:

Zur Beurteilung, ob die Kalkulation den Vorgaben der ÖNORM B 2061 und dem bestandsfesten LV entspreche, seien das im Zuge des Ermittlungsverfahrens von den Parteien getätigte Vorbringen und die Zeugenaussagen zu berücksichtigen. Was die Fragestellung an den Sachverständigen betreffe, sei daher die im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erfolgte Aufklärung im Rahmen der Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes zu berücksichtigen. Der vermeintliche Ausscheidensgrund des Verstoßes gegen die ÖNORM B 2061 sei bisher weder von der Antragstellerin behauptet noch mit den Parteien erörtert worden.

Die Ausführungen des Sachverständigen wonach "kostenlose" Rechnungen mit 1 Eurobetrag gemäß angeordneter Leistung und gleichzeitiger Gutschrift zu einem Rechnungsbetrag von Euro 0 und damit zu keinem "Verrechnungseuro" und zu keiner Basis für den Gesamtzuschlag als "Abwicklungsentschädigung" führen würden, seien unzutreffend. In der mündlichen Verhandlung sei dargelegt worden, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger von seinem Lieferanten bzw. Subunternehmer eine Rechnung bekomme, jedoch gleichzeitig eine Gutschrift in entsprechender Höhe erhalte. Die Jahresboni, die sich aus der Gesamttätigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergeben würden, seien keine Rabatte im Sinne des Leistungsverzeichnisses. Diese Jahresboni seien daher bei der Kalkulation des Einheitspreises berücksichtigt worden. Dadurch könne der präsumtive Zuschlagsempfänger den Preisvorteil dieser Jahresboni an den Auftraggeber weitergeben.

Der Umstand, dass die mathematische Darstellung im K4- Blatt nach Ansicht des Sachverständigen falsch sei, sei darauf zurückzuführen, dass es im Kalkulationsprogramm des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht möglich sei, eine derartige Kalkulation darzustellen. Hiezu werde auf die Aussagen von DI I*** und GF E*** in der mündlichen Verhandlung verwiesen.

Nicht jeder Verstoß gegen die Ausschreibungsbedingungen führe zwingend zum Ausscheiden des Angebotes. Dies sei nur der Fall, sofern durch die Ausschreibungswidrigkeit die Vergleichbarkeit der Angebote und der Wettbewerbsgrundsatz verletzt würden.

In einer dem Schriftsatz angeschlossen Äusserung des P*** zum Ergänzungsgutachten des Sachverständigen wurde zusammengefasst vorgebracht, dass kein einheitlicher Gesamtzuschlag auf alle Positionen aufgeschlagen werden müsse und der Gesamtzuschlag für die einzelnen Zuschlagsträger verschieden hoch sein könne. Weiters, dass im LV zu den betreffenden Positionen keine Kalkulationsvorschrift zur Höhe des Einheitspreises vorhanden sei. Weiters, dass Jahresboni, die sich aus anderen Aufträgen mit anderen Auftraggebern ergeben würden, nicht beim gegenständlichen Auftrag von der Rechnung in Abzug zu bringen seien.

Abschließend beantragte der präsumtive Zuschlagsempfänger eine ergänzende Befassung des Sachverständigen mit den Ermittlungsergebnissen sowie mit den Ausführungen des P*** zum Ergänzungsgutachten samt der Durchführung einer neuerlichen mündlichen Verhandlung.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antragesrömisches eins. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die ÖBB-Infrastruktur AG. Sie ist als Aktiengesellschaft rechtsfähig. Ihre Aktien stehen zu 100% im Eigentum der ÖBB-Holding AG (§ 30 Bundesbahngesetz idF BGBl I Nr. 35/2012). Die ÖBB-Holding AG steht zu 100% im Eigentum des Bundes (§§ 2 und 3 Bundesbahngesetz); Die Aktien werden von der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie verwaltet. Der Auftraggeber nimmt im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahr, die nicht gewerblicher Art sind (§§ insbes §§ 31 und 42

Bundesbahngesetz) und erfüllt sohin alle Voraussetzungen gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Die ÖBB-Infrastruktur AG ist somit als Sektorenauftraggeber gemäß § 164 BVergG zu qualifizieren (vgl auch BVA 22.6.2012, N/0053-BVA/08/2012-93 u.a.). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die ÖBB-Infrastruktur AG. Sie ist als Aktiengesellschaft rechtsfähig. Ihre Aktien stehen zu 100% im Eigentum der ÖBB-Holding AG (Paragraph 30, Bundesbahngesetz in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 35 aus 2012.). Die ÖBB-Holding AG steht zu 100% im Eigentum des Bundes (Paragraphen 2 und 3 Bundesbahngesetz); Die Aktien werden von der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie verwaltet. Der Auftraggeber nimmt im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahr, die nicht gewerblicher Art sind (Paragraphen insbes Paragraphen 31 und 42 Bundesbahngesetz) und erfüllt sohin alle Voraussetzungen gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Die ÖBB-Infrastruktur AG ist somit als Sektorenauftraggeber gemäß Paragraph 164, BVergG zu qualifizieren vergleiche auch BVA 22.6.2012, N/0053-BVA/08/2012-93 u.a.).

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

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 21.6.2012 bekannt gegeben. Der Nachprüfungsantrag wurde am 2.7.2012 eingebracht und ist somit rechtzeitig. Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde der Zuschlag erteilt. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 21.6.2012 bekannt gegeben. Der Nachprüfungsantrag wurde am 2.7.2012 eingebracht und ist somit rechtzeitig. Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde der Zuschlag erteilt.

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

II. Anwendbare Rechtslage:römisch zwei. Anwendbare Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG 2006) wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich am 1.4.2012 in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG 2006) wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich am 1.4.2012 in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 15 Z 3 BVergG 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. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG 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.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem Nachprüfungsantrag zugrundliegenden Vergabeverfahrens, das mit Absendung der Bekanntmachung am 30.3.2012 - und somit vor dem 1.4.2012 - eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG 2006) heranzuziehen hat. Da der gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0068-BVA/09/2012 am 2.7.2012 protokollierte Nachprüfungsantrag somit nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind jedoch auf das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 (BVergG)

anzuwenden. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das mit Absendung der Bekanntmachung am 30.3.2012 - und somit vor dem 1.4.2012 - eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVergG 2006) heranzuziehen hat. Da der gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0068-BVA/09/2012 am 2.7.2012 protokollierte Nachprüfungsantrag somit nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind jedoch auf das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, (BVergG) anzuwenden.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin:

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

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Der Auftraggeber brachte im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens vor, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden wäre (Anm: Das Angebot wurde jedoch nicht ausgeschieden). Begründend führte der Auftraggeber an, dass sich aus der Zusammenschau der K-3 und der K-7 Blätter (Veranschlagung eines 5%-igen Zuschlages für Fremdleistungen) ergebe, dass sich die Antragstellerin in den LG 03 (Vor-, Abtrags- und Erdarbeiten) eines Subunternehmers bedienen würde. Die LG 03 würden preismäßig jedenfalls einen wesentlichen Leistungsteil darstellen. Die Antragstellerin habe jedoch mit dem Angebot keine Subunternehmer namhaft gemacht. Dies stelle einen unbehebbarer Angebotsmangel dar und mangle es der Antragstellerin in der Folge an der Antragslegitimation. Der Auftraggeber brachte im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens vor, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden wäre (Anmerkung, Das Angebot wurde jedoch nicht ausgeschieden). Begründend führte der Auftraggeber an, dass sich aus der Zusammenschau der K-3 und der K-7 Blätter (Veranschlagung eines 5%-igen Zuschlages für Fremdleistungen) ergebe, dass sich die Antragstellerin in den LG 03 (Vor-, Abtrags- und Erdarbeiten) eines Subunternehmers bedienen würde. Die LG 03 würden preismäßig jedenfalls einen wesentlichen Leistungsteil darstellen. Die Antragstellerin habe jedoch mit dem Angebot keine Subunternehmer namhaft gemacht. Dies stelle einen unbehebbarer Angebotsmangel dar und mangle es der Antragstellerin in der Folge an der Antragslegitimation.

Die Antragstellerin brachte hierzu vor, dass nur jene Subunternehmer, die für den Nachweis der Eignung notwendig seien, bei sonstigem Ausscheiden des Angebotes, bereits im Angebot namhaft gemacht werden müssten. Für "sonstige" Subunternehmer gelte dies nicht. Die Antragstellerin verfüge jedenfalls über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausführung der Leistungen nach den LG 03. Die antragstellende Bietergemeinschaft habe sich - nachdem sie die Heranziehung eines Subunternehmers zunächst grundsätzlich in Erwägung gezogen hätte - kurz vor Angebotsabgabe dazu entschlossen, die Arbeiten der LG 03 selbst auszuführen und sich hierzu keines Subunternehmers zu bedienen. Ihrer Kalkulation habe sie die plausiblen Preise des ursprünglich angefragten Subunternehmers unter Hinzufügung eines Aufschlages von 5% zugrunde gelegt.

Hiezu ist Folgendes festzuhalten:

§ 257 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 lautet Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 lautet:

Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

Bekanntgabe der Subunternehmer, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt, unter Beilage der Nachweise, dass der Bieter über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und der Sektorenauftraggeber die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Bekanntgabe aller Teile oder - sofern der Sektorenauftraggeber dies in den

Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt.

Die entsprechende Bestimmung in der Ausschreibung (Position 00A371) lautet:

Eignung durch Subunternehmer

Wird der Nachweis der Eignung nur unter Heranziehung von Subunternehmern erbracht, so ist bei sonstigem Ausscheiden des Angebotes der Subunternehmer bereits mit dem Angebot namhaft zu machen. Der "Zugriff" auf diese Subunternehmer muss zum Ende der Angebotsfrist gegeben sein und ist durch ein bindendes Angebot bzw eine Erklärung des Subunternehmers gemäß Muster auf der Plattform @-AVA-Online unter "Downloads" nachzuweisen. Falls sich der Unternehmer zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmern stützt, ist eine Erklärung über die solidarische Haftung der Subunternehmer beizubringen.

Genannte Subunternehmer:

.....

Die vorstehend wiedergegebene Bestimmung betrifft "erforderliche" Subunternehmer, deren sich ein Bieter zur Substitution der ihm fehlenden Eignung zu bedienen hat. Hievon zu unterscheiden sind jedoch sonstige "nichterforderliche" Subunternehmer, die nicht zur Substitution der Leistungsfähigkeit benötigt werden.

§ 240 BVergG 2006 lautet: Paragraph 240, BVergG 2006 lautet:

Abs 1: Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hievon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen. Absatz eins :, Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hievon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

Abs 2: Der Sektorenauftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind. Absatz 2 :, Der Sektorenauftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind.

In Entsprechung der Vorgaben des § 240 Abs 2 leg cit hat der Auftraggeber im Ausschreibungs-LV Folgendes festgelegt: In Entsprechung der Vorgaben des Paragraph 240, Absatz 2, leg cit hat der Auftraggeber im Ausschreibungs-LV Folgendes festgelegt:

Position 00C212 "AGB - Bauaufträge 06.2009":

Es gelten ausschließlich die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für Bauaufträge (AGB B), Ausgabe 06.2009.

Punkt 1.1.5 der AGB des ÖBB Konzerns lautet:

Der Bieter hat in seinem Angebot nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, und die dafür in Frage kommenden Subunternehmer bekannt zu geben.

Der Auftraggeber hat in der bestandsfesten Ausschreibung einerseits in der Position 00A371 - in Entsprechung der Vorgaben des § 257 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 - festgelegt, dass der Bieter bei sonstigem Ausscheiden sogenannte "erforderliche" Subunternehmer bereits mit dem Angebot namhaft zu machen hat. Unter "erforderlichen" Subunternehmern sind solche Unternehmen zu verstehen, auf die sich ein Bieter zum Nachweis der ihm fehlenden Eignung stützt (vgl G. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 257 Rz 9). Der Auftraggeber hat in der bestandsfesten Ausschreibung einerseits in der Position 00A371 - in Entsprechung der Vorgaben des Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 - festgelegt, dass der Bieter bei sonstigem Ausscheiden sogenannte "erforderliche" Subunternehmer bereits mit dem Angebot namhaft zu machen hat. Unter "erforderlichen" Subunternehmern sind solche Unternehmen zu verstehen, auf die sich ein Bieter zum Nachweis der ihm fehlenden Eignung stützt vergleiche G. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 257, Rz 9).

Die in Rede stehenden Leistungen der LG 03 (Vor-, Abtrags- und Erdarbeiten) fallen in den Berechtigungsumfang des Baumeistergewerbes (vgl § 99 GewO). Beide Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft verfügen über die entsprechende Gewerbebefugnis (vgl Vergabeakt). Sollte sich die Antragstellerin zur Durchführung der genannten Arbeiten eines Subunternehmers bedienen, würde es sich daher nicht um einen "erforderlichen" Subunternehmer handeln, der bei sonstigem Ausscheiden des Angebotes bereits mit dem Angebot namhaft zu machen wäre. Die in Rede stehenden Leistungen der LG 03 (Vor-, Abtrags- und Erdarbeiten) fallen in den Berechtigungsumfang des Baumeistergewerbes vergleiche Paragraph 99, GewO). Beide Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft verfügen über die entsprechende Gewerbebefugnis vergleiche Vergabeakt). Sollte sich die Antragstellerin zur Durchführung der genannten Arbeiten eines Subunternehmers bedienen, würde es sich daher nicht um einen "erforderlichen" Subunternehmer handeln, der bei sonstigem Ausscheiden des Angebotes bereits mit dem Angebot namhaft zu machen wäre.

Würde sich die Antragstellerin für die Erbringung der Leistungen der LG 03 eines Subunternehmers bedienen, würde es sich dabei um einen "nicht-erforderlichen" Subunternehmer handeln. Für diesen Fall sehen § 240 Abs 2 BVergG 2006 - bzw in Entsprechung dieser Vorgaben - Punkt 1.1.5 der AGB des ÖBB Konzerns für Würde sich die Antragstellerin für die Erbringung der Leistungen der LG 03 eines Subunternehmers bedienen, würde es sich dabei um einen "nicht-erforderlichen" Subunternehmer handeln. Für diesen Fall sehen Paragraph 240, Absatz 2, BVergG 2006 - bzw in Entsprechung dieser Vorgaben - Punkt 1.1.5 der AGB des ÖBB Konzerns für

Baufaufträge, die in Position 00C212 der Ausschreibung für anwendbar erklärt

werden, vor, dass der Bieter nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die er jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt und die dafür in Frage kommenden Subunternehmer, bekannt zu geben hat.

Eine zwingende und sofortige Ausscheidenssanktion bei Nichtbekanntgabe von "nicht-erforderlichen" Subunternehmern sehen weder das Gesetz noch die AGB des Auftraggebers vor.

Hätte sich die Antragstellerin zur Erbringung der Leistungen der LG 03 (diese stellen in preismäßiger Hinsicht einen wesentlichen Teil der Leistung dar) eines Subunternehmers bedienen wollen, hätte sie diesen Leistungsteil und den in Aussicht genommenen Subunternehmer zwar iSd Gesagten grundsätzlich mit dem Angebot namhaft machen müssen. Die Nichtnennung des Auftragsteiles bzw des Subunternehmers stellt daher einen Angebotsmangel dar. Dieser Mangel wäre jedoch als behebbarer Mangel einzustufen. Der Auftraggeber wäre gehalten gewesen, den Bieter aufklären und gegebenenfalls verbessern zu lassen (siehe unten).

Die fehlende Bekanntgabe "erforderlicher" Subunternehmer stellt einen unbehebbarer Mangel dar, da ein "Nachschieben" die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessern würde (Anm: Dem Bieter hat im maßgeblichen Zeitpunkt die erforderliche Eignung gefehlt). Anders verhält es sich hingegen bei bloß "zweckmäßigen", nicht eignungsrelevanten, Subunternehmern. Das vergaberechtlich verpönte "Nachschieben" eines Subunternehmers entfällt hier (da der Bieter die Leistung aufgrund seiner Eignung auch grundsätzlich erbringen kann), sodass die fehlende Bekanntgabe des Subunternehmers im Angebot als behebbarer Mangel zu qualifizieren ist (vgl Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1182, sowie Kropik/Wiesinger, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft, Ausgabe 2009 [39]). Dementsprechend hat der Auftraggeber in PunktDie fehlende Bekanntgabe "erforderlicher" Subunternehmer stellt einen unbehebbarer Mangel dar, da ein "Nachschieben" die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessern würde Anmerkung, Dem Bieter hat im maßgeblichen Zeitpunkt die erforderliche Eignung gefehlt). Anders verhält es sich hingegen bei bloß "zweckmäßigen", nicht eignungsrelevanten, Subunternehmern. Das vergaberechtlich verpönte "Nachschieben" eines Subunternehmers entfällt hier (da der Bieter die Leistung aufgrund seiner Eignung auch grundsätzlich erbringen kann), sodass die fehlende Bekanntgabe des Subunternehmers im Angebot als behebbarer Mangel zu qualifizieren ist vergleiche Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1182, sowie Kropik/Wiesinger, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft, Ausgabe 2009 [39]). Dementsprechend hat der Auftraggeber in Punkt

1.1.5 seiner AGB - anders als in Position 00A371 der Ausschreibung - in zutreffender Weise auch nicht normiert, dass die Nicht-Namhaftmachung des Subunternehmers mit dem Angebot zum (sofortigen) Ausscheiden des Angebotes führt.

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot keinen (nicht-erforderlichen) Subunternehmer namhaft gemacht. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot allerdings in den LG 03 im K-3 Blatt einen Fremdleistungszuschlag von 5% ausgewiesen. Im Hinblick darauf hätte der Auftraggeber die Antragstellerin zur Klarstellung aufzufordern gehabt, ob es sich hierbei um einen durch die Antragstellerin selbst zu erbringenden oder um einen durch einen Subunternehmer zu erbringenden Leistungsteil handelt, und bejahendenfalls, zur Bekanntgabe des Subunternehmers aufzufordern gehabt. Die Antragstellerin wurde vom Auftraggeber jedoch nicht aufgefordert, diesen Umstand aufzuklären bzw durch Subunternehmernennung zu verbessern. Allfällige Angaben des Bieters hiezu gegenüber der Vergabekontrollbehörde im Nachprüfungsverfahren (Anm: Die Antragstellerin beabsichtigt offensichtlich die Leistung doch selbst zu erbringen - siehe VH-Schrift OZ 67) vermögen die vom Auftraggeber im Zuge des Vergabeverfahrens einzuholenden Auskünfte nicht zu ersetzen. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot keinen (nicht-erforderlichen) Subunternehmer namhaft gemacht. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot allerdings in den LG 03 im K-3 Blatt einen Fremdleistungszuschlag von 5% ausgewiesen. Im Hinblick darauf hätte der Auftraggeber die Antragstellerin zur Klarstellung aufzufordern gehabt, ob es sich hierbei um einen durch die Antragstellerin selbst zu erbringenden oder um einen durch einen Subunternehmer zu erbringenden Leistungsteil handelt, und bejahendenfalls, zur Bekanntgabe des Subunternehmers aufzufordern gehabt. Die Antragstellerin wurde vom Auftraggeber jedoch nicht aufgefordert, diesen Umstand aufzuklären bzw durch Subunternehmernennung zu verbessern. Allfällige Angaben des Bieters hiezu gegenüber der Vergabekontrollbehörde im Nachprüfungsverfahren Anmerkung, Die Antragstellerin beabsichtigt offensichtlich die Leistung doch selbst zu erbringen - siehe VH-Schrift OZ 67) vermögen die vom Auftraggeber im Zuge des Vergabeverfahrens einzuholenden Auskünfte nicht zu ersetzen.

Auch das zwischen dem Auftraggeber (DI N****) und der Antragstellerin (DI R****) zum Zeitpunkt "nach Sichtung der Angebote" stattgefunden habende Gespräch, in dem DI N**** DI R**** darauf aufmerksam gemacht hat, dass die Antragstellerin nach Ansicht des Auftraggebers Subunternehmer bekannt zu geben gehabt hätte, kann nicht als entsprechender konkretisierter verbindlicher Mängelbehebungsauftrag angesehen werden (arg: § 269 Abs 1 Z 5 BVEergG, wonach u.a. fehlerhafte Angebote auszuschneiden sind, wenn deren Mängel nicht behoben wurden, was eine entsprechende vorherige Aufforderung hiezu voraussetzt). Auch das zwischen dem Auftraggeber (DI N****) und der Antragstellerin (DI R****) zum Zeitpunkt "nach Sichtung der Angebote" stattgefunden habende Gespräch, in dem DI N**** DI R**** darauf aufmerksam gemacht hat, dass die Antragstellerin nach Ansicht des Auftraggebers Subunternehmer bekannt zu geben gehabt hätte, kann nicht als entsprechender konkretisierter verbindlicher Mängelbehebungsauftrag angesehen werden (arg: Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVEergG, wonach u.a. fehlerhafte Angebote auszuschneiden sind, wenn deren Mängel nicht behoben wurden, was eine entsprechende vorherige Aufforderung hiezu voraussetzt).

Abgesehen davon ist im gegebenen Zusammenhang auf die ständige Judikatur des VwGH zum amtswegigen Aufgreifen von Ausscheidensgründen hinzuweisen (VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233). Demnach ist die Vergabekontrollbehörde bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei zwar zur Prüfung verpflichtet, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Diese Prüfpflicht findet ihre Grenze jedoch dort, wo Ausscheidensgründe aufzugreifen wären, die nicht schon aufgrund der Aktenlage des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und hiezu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (vgl VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199, sowie BVA 10.2.2010, N/0119-BVA/04/2009-31). Abgesehen davon ist im gegebenen Zusammenhang auf die ständige Judikatur des VwGH zum amtswegigen Aufgreifen von Ausscheidensgründen hinzuweisen (VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233). Demnach ist die Vergabekontrollbehörde bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei zwar zur Prüfung verpflichtet, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Diese Prüfpflicht findet ihre Grenze jedoch dort, wo Ausscheidensgründe aufzugreifen wären, die nicht schon aufgrund der Aktenlage des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und hiezu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre vergleiche VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199, sowie BVA 10.2.2010, N/0119-BVA/04/2009-31).

Der Auftraggeber erblickt in den im Angebot der Antragstellerin angesetzten Gesamtzuschlägen für Fremdleistungen ein Indiz für die Heranziehung eines Subunternehmers zur Erbringung der Leistungen. Eine Beurteilung, ob aus der Veranschlagung eines solchen Gesamtzuschlages für Fremdleistungen zwingend auf die Heranziehung von Subunternehmern zu schließen ist, wie der Auftraggeber behauptet, ist dem BVA ohne Beiziehung eines Sachverständigen nicht möglich. Die Beiziehung eines Sachverständigen zur Klärung der Antragslegitimation ist nach

der Judikatur des VwGH jedoch nicht statthaft. Es würde dem Zweck der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens zuwiderlaufen, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die nicht schon aufgrund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (vgl VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199). Der Auftraggeber erblickt in den im Angebot der Antragstellerin angesetzten Gesamtzuschlägen für Fremdleistungen ein Indiz für die Heranziehung eines Subunternehmers zur Erbringung der Leistungen. Eine Beurteilung, ob aus der Veranschlagung eines solchen Gesamtzuschlages für Fremdleistungen zwingend auf die Heranziehung von Subunternehmern zu schließen ist, wie der Auftraggeber behauptet, ist dem BVA ohne Beiziehung eines Sachverständigen nicht möglich. Die Beiziehung eines Sachverständigen zur Klärung der Antragslegitimation ist nach der Judikatur des VwGH jedoch nicht statthaft. Es würde dem Zweck der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens zuwiderlaufen, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die nicht schon aufgrund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (vergleiche VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199).

Nach dem dem Bundesvergabeamt vorliegenden Sachverhalt ist die Antragslegitimation der Antragstellerin sohin als gegeben zu erachten.

Zu Spruchpunkt I. Zu Spruchpunkt römisch eins.

Zu den Regien Baustofflieferungen/Fremdleistungen:

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

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

Pos 00C212 AGB - Bauaufträge 06.2009 der Ausschreibung lautet:

Es gelten ausschließlich die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für Bauaufträge (AGB B), Ausgabe 06.2009".

Punkt 1.2. der AGB Kalkulation; Einheitspreise lautet:

1.2.1 Die Einheitspreise sind auf Grund einer den einschlägigen ÖNORMEN oder sonstigen Normen entsprechenden Kalkulation zu ermitteln. Auf Verlangen der vergebenden Stelle sind die zu einer vertieften Angebotsprüfung erforderlichen Unterlagen (zB K-Blätter) vorzulegen und die notwendigen Auskünfte zu erteilen.

1.2.2 Die Einheitspreise sind stets als Nettopreise im Sinne des§ 11 UStG und nach den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 zu ermitteln und dem Leistungsverzeichnis entsprechend aufgegliedert in dieses einzusetzen. [...].1.2.2 Die Einheitspreise sind stets als Nettopreise im Sinne des Paragraph 11, UStG und nach den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 zu ermitteln und dem Leistungsverzeichnis entsprechend aufgegliedert in dieses einzusetzen. [...].

Pos 01 98 Regiearbeiten der Ausschreibung lautet:

Ständige Vorbemerkungen

[...].

1. 4.Ziffer 4

Angeführte Richtlinien und Normen

[...].

ÖNORM B 2061: Preisermittlung für Bauleistungen

Gemäß Punkt 3.6 (Einzelkosten) der ÖNORM B 2061 (Preisermittlung für Bauleistungen) Verfahrensnorm vom 1.9.1999 sind Einzelkosten Kosten der Leistungserbringung, die einer bestimmten Leistung (Anm: das ist die jeweilige Position im LV) direkt zugeordnet werden können.Gemäß Punkt 3.6 (Einzelkosten) der ÖNORM B 2061 (Preisermittlung für Bauleistungen) Verfahrensnorm vom 1.9.1999 sind Einzelkosten Kosten der Leistungserbringung, die einer bestimmten Leistung Anmerkung, das ist die jeweilige Position im LV) direkt zugeordnet werden können.

Gemäß Punkt 5.1. der ÖNORM B 2061 bestehen die Einzelkosten aus fixen und variablen Kosten. Sie sind Zuschlagsträger iS von Punkt 6.1. und werden unterteilt in Einzellohnkosten, Einzelmaterialkosten und Einzelgerätekosten. Der Ermittlung der Einzelkosten ist der für eine Leistung sachlich und wirtschaftlich gerechtfertigte Werteinsatz zu Grunde zu legen. Die Einzelkosten von Fremdleistungen ergeben sich aus den Angeboten Dritter. Allenfalls in Zusammenhang mit diesen noch zu erbringende Eigenleistungen sind in den Kosten der entsprechenden Einzelleistung zu erfassen.

Wiederholt auftretende Kostenelemente werden im Gesamtzuschlag (Punkt 6.1. der ÖNORM B 2061) zusammengefasst und dem Zuschlagsträger zugeschlagen. Dadurch ergeben sich die Preise.

Der Gesamtzuschlag (Punkt 3.8. der ÖNORM B 2061) ist die Zusammenfassung aller über die Kosten der Zuschlagsträger hinausgehenden Kosten zuzüglich des kalkulatorischen Wagnisses und Gewinnes.

Wie der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten vom 14.9.2012 unter Hinweis auf die entsprechende Bestimmung des Punktes 5.1. der ÖNORM B 2061 festgehalten hat, ist der Ermittlung der Einzelkosten der für eine Leistung sachlich und wirtschaftlich gerechtfertigte Werteinsatz zu Grunde zu legen. Der Sachverständige hat hiezu weiter ausgeführt, dass bei den Positionen 01 980301 (Baustofflieferungen im Zuge von Regiearbeiten) und 01 980302 (Fremdleistungen im Zuge von Regiearbeiten) der für die Leistung sachlich und wirtschaftlich gerechtfertigte Werteinsatz durch die Ständigen Vorbemerkungen zu den zit

Positionen des LV wie folgt vorgegeben ist:

Pos 01 9803 Regie Baustofflieferungen, Fremdleistungen lautet:

Ständige Vorbemerkungen

1. 1.Ziffer eins

Verrechnung

Die Verrechnung erfolgt nach Verrechnungseinheiten (VE). Die Verrechnungsmenge entspricht dem Rechnungsbetrag in EUR (ohne USt), welcher vom Auftragnehmer für die Lieferung von Baumaterialien frei Verwendungsstelle bzw für Fremdleistungen aufgewendet wird.

Der Rechnungsbetrag ist durch saldierte Rechnungen nachzuweisen und muss allfällige gewährte Rabatte berücksichtigen. Skonti Nachlässe bei früherem Zahlungsziel) oder Zinsen für verspätete Zahlungen bleiben unberücksichtigt.

01 980301 Baustofflieferungen

Baustofflieferungen im Zuge von Regiearbeiten

XXXX VErömisch 40 VE

01 980302 Fremdleistungen

Fremdleistungen im Zuge von Regiearbeiten

XXXX VErömisch 40 VE

Die (Einzel)Kosten für eine Verrrechnungseinheit (VE) betragen gemäß bestandsfestem LV 1 Euro. Hinsichtlich der Baustofflieferungen im Zuge von Regiearbeiten (Pos 01 980301) werden in der Ausschreibung XXXXVE (Anm: zu 1 Euro), hinsichtlich der Fremdleistungen im Zuge von Regiearbeiten (Pos 01 980302) werden in der Ausschreibung XXXX VE (Anm: zu 1 Euro) festgelegt. Die (Einzel)Kosten für eine Verrrechnungseinheit (VE) betragen gemäß bestandsfestem LV 1 Euro. Hinsichtlich der Baustofflieferungen im Zuge von Regiearbeiten (Pos 01 980301) werden in der Ausschreibung XXXXVE Anmerkung, zu 1 Euro), hinsichtlich der Fremdleistungen im Zuge von Regiearbeiten (Pos 01 980302) werden in der Ausschreibung römisch 40 VE Anmerkung, zu 1 Euro) festgelegt.

Der Einheitspreis ermittelt sich nach den gegenständlich anzuwendenden Regelungen der ÖNORM B 2061 aus den Herstellkosten und den im K 3-Blatt ermittelten prozentuellen Aufschlägen (Gesamtzuschlag Material auf Baustofflieferungen bzw Gesamtzuschlag auf Fremdleistungen); siehe Gutachten vom 20.8.2012.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat in seinem K 7-Blatt den Gesamtzuschlag einheitlich (dh für alle Zuschlagsträger) mit einem Prozentsatz von +15% angeboten.

Im Sinne des oben Gesagten (vorgegebene VE von 1 Euro) wäre daher der sich aus den Herstellkosten und dem Gesamtzuschlag zusammensetzende Einheitspreis jeweils mit einem Betrag von Euro 1,15 einzusetzen gewesen. Die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger im K 7-Blatt ausgewiesenen Einheitspreise je VE betragen bei den Regiepreisen für Baustofflieferungen bzw Fremdleistungen jedoch (lediglich) 0,15 Euro. In der Zeile "Herstellkosten" im K 7-Blatt scheint bei den Baustofflieferungen bzw Fremdleistungen ein Betrag von jeweils 0,15 Euro auf. Daraus ergibt sich ein Einheitspreis je VE von Euro 0,15.

Dazu hat der präsumtive Zuschlagsempfänger im Aufklärungsgespräch vom 13.6.2012 zu Frage E2 (Bei den Positionen "01 980301 Baustofflieferungen" und "01 980302 Fremdleistungen" wurde vom Bieter der EP mit 0,15Euro/VE angegeben. Wie ist dieser EP zu erklären?) ausgeführt: In diese Positionen wurde lediglich der Gesamtzuschlag gem. K 3-Blatt in der Höhe von 15% = 0,15Euro/VE kalkuliert. Die Baustofflieferungen und die Beistellung von Fremdleistungen im Zuge von Regiearbeiten erfolgt kostenlos. Für unsere Firmen stellt dieses Bauvorhaben eine wesentliche Referenz und eine wesentliche Auslastung im kommenden Wirtschaftsjahr da, sodass die kostenlose Lieferung von Baustoffen und Beistellung von Fremdleistungen gesamtkalkulatorisch abgedeckt ist.

Dies bedeutet, dass die zu den betreffenden Positionen angebotenen Einheitspreise je VE als Herstellkosten somit nur den grundsätzlich zusätzlich anzubietenden Gesamtzuschlag in Höhe von 15% bzw Euro 0,15 beinhalten. In Ermangelung einer Zuschlagsbasis, auf die der Gesamtzuschlag aufzuschlagen wäre, wurde ein Gesamtzuschlag nicht kalkuliert.

Die Baustofflieferungen und die Beistellung von Fremdleistungen im Zuge von Regiearbeiten sollen nach den Erläuterungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers kostenlos erfolgen. Da diese Leistungen dem präsumtiven Zuschlagsempfänger somit keine Herstellkosten verursachen sollen (Infolge der Weitergabe von Rabatten; siehe unten), fehlt es daher - wie der Sachverständige plausibel dargelegt hat - an einer Zuschlagsbasis (Herstellkosten), auf die der Gesamtzuschlag iSd Regelungen der ÖNORM B 2061 aufzuschlagen wäre. Auch das Vorbringen in der Auftraggeberstellungnahme vom 19.9.2012 (DI I***) "wie aber bereits dargestellt, wurde genau der Gesamtzuschlag in der Höhe von 15% mit den 0,15 Euro angeboten" vermag nicht über den Umstand hinweg zu täuschen, dass es sich um einen "in der Luft hängenden", nämlich ohne zugrundeliegender Basis, zustandegekommen "Zuschlag" handelt.

Der Gesamtzuschlag kann, wie P*** in seiner Äusserung zum Ergänzungsgutachten des Sachverständigen in Übereinstimmung mit diesem zutreffend feststellt, verschieden hoch sein. Faktum ist jedoch, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger bei den betreffenden Positionen jeweils einheitliche Gesamt"zuschläge" in Höhe von 15% (0,15Euro/VE) angesetzt hat.

Die Ausführungen des P*** in seiner Äusserung zum Ergänzungsgutachten des Sachverständigen, wonach nicht auf alle Positionen ein einheitlicher Gesamtzuschlag aufgeschlagen werden müsse, können somit dahingestellt bleiben.

Die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger im K 7-Blatt angebotenen Herstellkosten von Euro 0,15/VE bestehen in Wahrheit somit nur aus dem zusätzlich anzubietenden Gesamtzuschlag und widersprechen somit der bestandsfesten Ausschreibungsvorgabe, wonach eine VE festgelegt ist, die 1 Euro zu betragen hat. Dies gesteht schließlich auch der Auftraggeber (DI I*** ein, indem er in seinem Schriftsatz vom 19.9.2012 ausführt: "Abgesehen von der in der Verhandlung ohnehin erläuterten Erklärung, dass der Einheitspreis von 0,15 Euro den Gesamtzuschlag darstellt.....".

Damit wird aber nicht nur gegen das bestandsfeste LV, sondern auch gegen die laut Ausschreibung einzuhaltenden Regelungen der einschlägigen ÖNORMEN, konkret gegen die ÖNORM B 2061 und das darin normierte, eingangs wiedergegebene Prinzip der Zuschlagskalkulation, verstoßen. Das Vorbringen des P*** in seiner Äußerung zum Ergänzungsgutachten des Sachverständigen, wonach im LV eine Kalkulationsvorschrift zum Einheitspreis fehle, geht ins Leere. Hiezu wird auf die laut AGB des Auftraggebers für anwendbar erklärten einschlägigen ÖNORMEN verwiesen (siehe oben).

Auch die Erklärungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers im Zuge des Nachprüfungsverfahrens in seinen Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung vermögen zu keinem abweichenden Ergebnis zu führen: Der präsumtive Zuschlagsempfänger brachte vor, dass seine gegenüber dem Auftraggeber im Aufklärungsgespräch abgegebene Erklärung einer gesamtkalkulatorischen Abdeckung als "Rabattgewährung" (Weitergabe von Rabatten iS der Weitergabe vorhandener Gutschriften aus Geschäftsbeziehungen mit seinen Subunternehmern bzw Lieferanten an den Auftraggeber) zu verstehen sei.

Eine Rabattgewährung in der Form, dass dem Auftraggeber eine "kostenlose" Lieferung von Baustoffen und eine "kostenlose" Bereitstellung von Fremdleistungen eingeräumt werden sollen, ist - wie der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten festgehalten hat - allerdings ausschreibungsgemäß nicht darstellbar. Die Rabattgewährung durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger soll dergestalt erfolgen, dass der Auftraggeber zwar eine Rechnung über die angeordneten Leistungen, gleichzeitig damit jedoch eine Gutschrift in entsprechender Höhe erhält (vgl GF E***, mündliche Verhandlung, VH-Schrift Seite 5f). Eine "kostenlose", nämlich eine mit einer gleichzeitigen Gutschrift in der entsprechenden Höhe einhergehende Rechnung über den 1 Euro-Betrag entsprechend der zu erbringenden Leistung, führt, wie der Sachverständige nachvollziehbar darlegt, zu einem Rechnungsbetrag von 0 Euro. Die Tatsache, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger vom Lieferanten - in formaler Hinsicht - eine Rechnung bekommt, jedoch dafür gleichzeitig eine Gutschrift in entsprechender Höhe erhält und diese Gutschrift an den Auftraggeber des verfahrensgegenständlichen Auftrages als Rabatt weitergibt [vgl Auftraggeber (DI I*** in der mündlichen Verhandlung], bedeutet im Ergebnis - entgegen der Deutung des präsumtiven Zuschlagsempfängers - sehr wohl eine Rechnung in der Höhe von 0 Euro. Eine Rabattgewährung in der Form, dass dem Auftraggeber eine "kostenlose" Lieferung von Baustoffen und eine "kostenlose" Bereitstellung von Fremdleistungen eingeräumt werden sollen, ist - wie der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten festgehalten hat - allerdings ausschreibungsgemäß nicht darstellbar. Die Rabattgewährung durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger soll dergestalt erfolgen, dass der Auftraggeber zwar eine Rechnung über die angeordneten Leistungen, gleichzeitig damit jedoch eine Gutschrift in entsprechender Höhe erhält (vergleiche GF E***, mündliche Verhandlung, VH-Schrift Seite 5f). Eine "kostenlose", nämlich eine mit einer gleichzeitigen Gutschrift in der entsprechenden Höhe einhergehende Rechnung über den 1 Euro-Betrag entsprechend der zu erbringenden Leistung, führt, wie der Sachverständige nachvollziehbar darlegt, zu einem Rechnungsbetrag von 0 Euro. Die Tatsache, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger vom Lieferanten - in formaler Hinsicht - eine Rechnung bekommt, jedoch dafür gleichzeitig eine Gutschrift in entsprechender Höhe erhält und diese Gutschrift an den Auftraggeber des verfahrensgegenständlichen Auftrages als Rabatt weitergibt [vgl Auftraggeber (DI I*** in der mündlichen Verhandlung], bedeutet im Ergebnis - entgegen der Deutung des präsumtiven Zuschlagsempfängers - sehr wohl eine Rechnung in der Höhe von 0 Euro.

Aufgrund der dargestellten Vorgangsweise fehlt der laut LV vorgegebene "Verrechnungs-Euro" (VE) und damit die Basis für den darauf aufzuschlagenden Gesamtzuschlag. Durch das Fehlen der Basis der VE von 1 Euro (Herstellkosten) ergibt sich somit, wie der Sachverständige folgerichtig geschlossen hat, bei XXXX VE bzw XXXX VE gegenüber einer ausschreibungskonformen Vorgangsweise - und gegenüber den Angeboten anderer Bieter - im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ein Fehlbetrag von Euro XXXX. Aufgrund der dargestellten Vorgangsweise fehlt der laut LV vorgegebene "Verrechnungs-Euro" (VE) und damit die Basis für den darauf aufzuschlagenden Gesamtzuschlag. Durch das Fehlen der Basis der VE von 1 Euro (Herstellkosten) ergibt sich somit, wie der Sachverständige folgerichtig

geschlossen hat, bei römisch 40 VE bzw römisch 40 VE gegenüber einer ausschreibungskonformen Vorgangsweise - und gegenüber den Angeboten anderer Bieter - im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ein Fehlbetrag von Euro römisch 40

Hieran vermag auch die Aussage des Auftraggebers (DI I***) in der mündlichen Verhandlung, wonach der Auftraggeber die Aufklärung "kostenlos" so verstanden habe, dass der 1 Euro-Rechnungsbetrag nicht zur Anwendung komme, sondern lediglich der Gesamtzuschlag von 15% (0,15Euro/VE), nichts zu ändern. Mit dieser Aussage bestätigt der Auftraggeber vielmehr die beschriebene, mit der Ausschreibung nicht im Einklang stehende Vorgangsweise des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Der Auftraggeber ist jedoch iSd Gleichbehandlungsgrundsatzes des § 187 Abs 1 BVergG an seine bestandsfesten Ausschreibungsfestlegungen gebunden (vgl EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse Rz 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt, sowie dem folgend BVA vom 10.9.2012, N/0071-BVA/04/2012-32 uva). Hieran vermag auch die Aussage des Auftraggebers (DI I***) in der mündlichen Verhandlung, wonach der Auftraggeber die Aufklärung "kostenlos" so verstanden habe, dass der 1 Euro-Rechnungsbetrag nicht zur Anwendung komme, sondern lediglich der Gesamtzuschlag von 15% (0,15Euro/VE), nichts zu ändern. Mit dieser Aussage bestätigt der Auftraggeber vielmehr die beschriebene, mit der Ausschreibung nicht im Einklang stehende Vorgangsweise des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Der Auftraggeber ist jedoch iSd Gleichbehandlungsgrundsatzes des Paragraph 187, Absatz eins, BVergG an seine bestandsfesten Ausschreibungsfestlegungen gebunden vergleiche EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse Rz 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt, sowie dem folgend BVA vom 10.9.2012, N/0071-BVA/04/2012-32 uva).

Letztlich dürfte auch dem präsumtiven Zuschlagsempfänger selbst die Ausschreibungswidrigkeit seiner Vorgangsweise bewusst sein. So räumte GF E*** in der mündlichen Verhandlung ein, dass die Darstellung durch den Kalkulanten im K7-Blatt womöglich unzutreffend gewesen sei und spricht in diesem Zusammenhang ausdrücklich davon, dass man nur den Gesamtzuschlag lukrieren wolle, sodass im Endergebnis (Anm: für den Einheitspreis/VE) nur 15% als Gesamtzuschlag übrigbleiben würden (vgl VH-Schrift Seite 6), was Euro 0,15/VE entspricht. Letztlich dürfte auch dem präsumtiven Zuschlagsempfänger selbst die Ausschreibungswidrigkeit seiner Vorgangsweise bewusst sein. So räumte GF E*** in der mündlichen Verhandlung ein, dass die Darstellung durch den Kalkulanten im K7-Blatt womöglich unzutreffend gewesen sei und spricht in diesem Zusammenhang ausdrücklich davon, dass man nur den Gesamtzuschlag lukrieren wolle, sodass im Endergebnis Anmerkung, für den Einheitspreis/VE) nur 15% als Gesamtzuschlag übrigbleiben würden vergleiche VH-Schrift Seite 6), was Euro 0,15/VE entspricht.

Auch die Behauptung des präsumtiven Zuschlagsempfängers, dass sein Kalkulationsprogramm eine ordnungsgemäße bzw ausschreibungsgemäße Kalkulation nicht ermöglichen würde, ist ohne Relevanz, da dieser Umstand allein der Sphäre des präsumtiven Zuschlagsempfängers zuzurechnen ist.

Was die - einem Bieter grundsätzlich nicht verwehrte - Möglichkeit der Gewährung von Rabatten betrifft, ist schließlich auf die explizite Regelung der Ständigen Vorbemerkungen zu den Pos 01 980301 und 01 980302 zu verweisen, wonach der Rechnungsbetrag durch saldierte Rechnungen nachzuweisen und allfällige gewährte Rabatte zu berücksichtigen hat. Im Hinblick auf diese ausdrückliche Ausschreibungsregelung in Bezug auf die Behandlung von Rabatten ist die Auffassung des Auftraggebers (DI I*** im Auftraggeberschriftsatz vom 19.9.2012), wonach für Rabatte die Ausschreibungsregelung betreffend Skonti bzw Verzugszinsen analog heranzuziehen wäre, verfehlt. Die weiters im gegebenen Zusammenhang geäußerte Behauptung des präsumtiven Zuschlagsempfängers, dass die sich aus seiner Gesamttätigkeit ergebenden Jahresboni, die dem Auftraggeber als Rabatt weitergegeben werden sollen, keine Rabatte iSd LV sein sollen, ist für den erkennenden Senat nicht nachvollziehbar. Der Umstand, dass es sich hierbei um die Weitergabe von Gutschriften aus anderen Aufträgen mit anderen Auftraggebern handelt, vermag diese Auffassung entgegen der Ansicht des P*** in seinen Ausführungen vom 18.9.2012 zum Ergänzungsgutachten des Sachverständigen nicht zu stützen. Schließlich handelt es sich um jenen Rabatt, der dem Auftraggeber des gegenständlichen Auftrages eingeräumt werden soll. Ohne Belang ist dabei die Herleitung bzw "Herkunft" dieses Rabattes, nämlich dass der Rabatt aus der Weitergabe von Gutschriften aus anderen Aufträgen mit anderen Auftraggebern herrührt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese Konstellation der Rabattgewährung an den Auftraggeber nicht von der Regelung des gegenständlichen LV zu Rabatten erfasst sein sollte. Diese Auffassung findet vielmehr in den einschlägigen Ausschreibungsregelungen keine Deckung.

Gemäß § 269 Abs 1 Z 5 BVergG hat der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich u.a. Angebote auszuschneiden, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen. Gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG hat der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich u.a. Angebote auszuschneiden, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen.

Das Gesetz verlangt ein Ausscheiden ausschreibungswidriger Angebote, ohne das Ausscheiden an weitere Voraussetzungen zu knüpfen. Das gebotene Ausscheiden eines ausschreibungswidrigen Angebotes ist daher - entgegen der Ansicht des präsumtiven Zuschlagsempfängers - grundsätzlich nicht davon abhängig, ob die Vergleichbarkeit der Angebote bzw der Wettbewerbsgrundsatz durch die Ausschreibungswidrigkeit beeinträchtigt werden. Am Rande sei erwähnt, dass der sich durch die Nichtberücksichtigung der VE im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergebende Fehlbetrag in Höhe von XXXX Euro, jedoch sehr wohl auch die Vergleichbarkeit der Preise ausschließt und damit der Wettbewerbsgrundsatz verletzt wird. Das Gesetz verlangt ein Ausscheiden ausschreibungswidriger Angebote, ohne das Ausscheiden an weitere Voraussetzungen zu knüpfen. Das gebotene Ausscheiden eines ausschreibungswidrigen Angebotes ist daher - entgegen der Ansicht des präsumtiven Zuschlagsempfängers - grundsätzlich nicht davon abhängig, ob die Vergleichbarkeit der Angebote bzw der Wettbewerbsgrundsatz durch die Ausschreibungswidrigkeit beeinträchtigt werden. Am Rande sei erwähnt, dass der sich durch die Nichtberücksichtigung der VE im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergebende Fehlbetrag in Höhe von römisch 40 Euro, jedoch sehr wohl auch die Vergleichbarkeit der Preise ausschließt und damit der Wettbewerbsgrundsatz verletzt wird.

Im Sinne der vorstehenden Ausführungen wäre das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers als ausschreibungswidriges Angebot auszuschneiden gewesen, sodass auf das übrige Vorbringen nicht einzugehen war.

Die rechtliche Beurteilung, die in der Feststellung der Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers besteht, wurde ausschließlich von der Behörde vorgenommen. Hiezu war im Vorfeld die Befassung eines Sachverständigen zwecks Beurteilung von Kalkulationsdetails in Bezug auf einschlägige ÖNORM-Regelungen und das LV erforderlich, da dem erkennenden Senat hiezu die erforderliche Sachkunde fehlt.

Was die vom Auftraggeber in seiner Stellungnahme vom 19.9.2012 reklamierte Unterlassung der Erörterung der rechtlichen Grundlagen der Entscheidung in der mündlichen Verhandlung betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass Sinn und Zweck der mündlichen Verhandlung in der Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes bestehen. Die Antragstellerin hat in ihren Beschwerdegründen u.a eine Verletzung in ihrem Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, insbesondere auf die ordnungsgemäße Prüfung der Angebote in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsbedingungen, vorgebracht. Eine nähere Konkretisierung des Vorbringens war der Antragstellerin de facto und de jure nicht möglich, da ihr aufgrund der Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ein detaillierter Einblick in das Angebots und die Kalkulation des präsumtiven Zuschlagsempfängers verwehrt ist.

Eine lediglich unter der Voraussetzung der Kenntnis der Kalkulation des präsumtiven Zuschlagsempfängers mögliche Rüge der letztlich von der Behörde festgestellten Rechtswidrigkeit wäre der Antragstellerin in Ermangelung der Kenntnis der Angebotsdetails auch gar nicht möglich gewesen (Anm: Stichwort "Geschäfts- und Betriebsgeheimnis"; deshalb wurde die Antragstellerin während der Erörterung der Kalkulation des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch aus dem Verhandlungssaal gebeten und wurden die entsprechenden Passagen im Verhandlungsprotokoll für die Antragstellerin geschwärzt). Eine lediglich unter der Voraussetzung der Kenntnis der Kalkulation des präsumtiven Zuschlagsempfängers mögliche Rüge der letztlich von der Behörde festgestellten Rechtswidrigkeit wäre der Antragstellerin in Ermangelung der Kenntnis der Angebotsdetails auch gar nicht möglich gewesen. Anmerkung, Stichwort "Geschäfts- und Betriebsgeheimnis"; deshalb wurde die Antragstellerin während der Erörterung der Kalkulation des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch aus dem Verhandlungssaal gebeten und wurden die entsprechenden Passagen im Verhandlungsprotokoll für die Antragstellerin geschwärzt).

Im gegebenen Zusammenhang ist anzumerken, dass die entscheidungsrelevanten Sachverhaltsgrundlagen betreffend die Kalkulation des präsumtiven Zuschlagsempfängers in den "Regiepositionen" Baustofflieferungen und Fremdleistungen - entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers - in der

mündlichen Verhandlung sehr wohl erschöpfend erörtert wurden (siehe insbes VH-Schrift Seiten 5 und 6) und das Parteiengehör damit in vollem Umfang gewahrt wurde. Die daraus zu ziehende rechtliche Beurteilung hat allein durch die Behörde zu erfolgen.

Die Formulierung des Gutachtensergänzungsauftrages "ohne Berücksichtigung der Erklärung des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers hiezu im Nachprüfungsverfahren" durch die Behörde ist unter Bedachtnahme auf die Judikatur des VwGH vom 28.9.2011, 2007/04/0102, erfolgt, wonach die Vergabekontrollbehörde die Nachvollziehbarkeit der Kalkulation unter Zugrundelegung der dem Auftraggeber im Zuge der Angebotsprüfung zur Verfügung gestandenen Erläuterungen und Unterlagen zu prüfen hat.

Die Beurteilung der Frage, ob die Kalkulation den Vorgaben der ÖNORM B 2061 und dem bestandsfesten LV entspricht, hat auf Basis der vorliegenden Angebotskalkulation zu erfolgen. Nachträgliche, "klarstellende" Erläuterungen des Bieters im Nachprüfungsverfahren vermögen an objektiv vorliegenden Kalkulationstatsachen nichts zu ändern.

Das Ergänzungsgutachten wurde den Parteien zur Stellungnahme übermittelt, sodass auch dazu das rechtliche Gehör eingeräumt wurde. Eine weitere ergänzende Befassung des Sachverständigen samt Durchführung einer neuerlichen mündlichen Verhandlung hatten zu unterbleiben, da die Stellungnahmen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 19.9.2012 lediglich Aspekte der rechtlichen Beurteilung betrafen, die als solche der Beurteilung durch den Sachverständigen entzogen sind.

Die Zuschlagsentscheidung, die zu Gunsten eines auszuschheidenden Angebotes ergangen ist, ist daher mit Rechtswidrigkeit belastet und war daher für nichtig zu erklären.

Zu Spruchpunkt II. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

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

Die Antragstellerin hat obsiegt (siehe Spruchpunkt I). Dem Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren ist daher stattzugeben. Die Antragstellerin hat obsiegt (siehe Spruchpunkt römisch eins). Dem Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren ist daher stattzugeben.

Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder dieser nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder dieser nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Mit Bescheid vom 6.7.2012, GZ N/0068-BVA/09/2012-EV7, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Demgemäß ist auch dem Antrag der Antragstellerin auf Ersatz der Pauschalgebühr hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattzugeben.

Die Antragstellerin hat für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie den Nachprüfungsantrag insgesamt Euro 9.000,00 an Pauschalgebühren entrichtet, die ihr vom Auftraggeber zu ersetzen sind.

Zuletzt aktualisiert am

05.11.2012

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