

TE Verg Bescheid 2012/6/14 N/0048-BVA/03/2012-23

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.06.2012

Norm

BVergG 2006 §79 Abs6

BVergG 2006 §107 Abs2

BVergG 2006 §123 Abs1

BVergG 2006 §123 Abs2 Z1

BVergG 2006 §123 Abs2 Z3

BVergG 2006 §126 Abs4

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §129 Abs1 Z9

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §345 Abs15

1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 § 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

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vertreter der Vorsitzenden des Senates 3, Mag. Hubert Reisner sowie die Beisitzer Dr. Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "SiUm Amras / A12: km 72,5 bis km 75,8 / A13: km 00,0 bis km 01,2 / Verkehrstechnische Ausstattung für temporären Gegenverkehrsbetrieb" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte OG vom 4. Mai 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, "die Entscheidung der Auftraggeberin vom 27.4.2012 über das Ausscheiden des Angebotes der A*** für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 129 Abs 1 Z 7 und 9 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7 und 9 BVergG

II.römisch zwei.

Die Anträge der A***, "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichtete Pauschalgebühr für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen" und "der Auftraggeberin wird der Ersatz der von der Antragstellerin für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution auferlegt", werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte OG in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 4. Mai 2012, neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte OG in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 4. Mai 2012, neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Die Antragstellerin brachte nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen vor, dass sich aus der Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren, der Angebotslegung und der Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages unzweifelhaft ihr Interesse am Vertragsabschluss ergebe. Der drohende Schaden bestehe im Verlust der Chance auf die weitere Teilnahme am gegenständlichen Verfahren und die Erteilung des Zuschlags, die frustrierten Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren in Höhe von zumindest Euro 5000, dem Verlust in der Höhe des entgangenen Deckungsbeitrages von zumindest Euro 150.000 netto sowie dem Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes. Die Antragstellerin erachtet sich im Recht auf Durchführung eines

vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs. 1 BVergG sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Nicht-Abweichung von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf ein vergaberechtskonformes und ausschreibungskonformes Vergabeverfahren, im Recht auf eine vergaberechtskonforme und ausschreibungskonforme Prüfung und Bewertung der Angebote, im Recht auf die Verbesserung eines behebbaren Mangels sowie im Recht auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes verletzt. Das Ausscheiden des Angebotes sei rechtswidrig. Es liege kein Rechenfehler vor. Sämtliche Angebotsbestandteile wiesen exakt denselben Gesamtpreis aus. Diesen Gesamtpreis wiesen auch die von der Auftraggeberin im Zuge der Angebotsöffnung erstellte Angebotsübersicht sowie das Angebotseröffnungsprotokoll aus. Es handle sich auch nicht um einen Erklärungsirrtum. Spätestens ab dem Aufklärungsschreiben vom 10. April 2012 hätte der Auftraggeberin klar sein müssen, wie die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen interpretiert und darauf basierend die Bepreisung vorgenommen habe. Die "Rangordnung" im Hinblick auf Preise im Punkt 1.1.12 Abs 8 in den Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen sei nicht schlüssig, weil nicht erkennbar sei, welches Dokument der "Angebotshauptteil" sei. Im Sinne einer Interpretation der Ausschreibungsunterlagen sei das Leistungsverzeichnis darunter zu verstehen. Daher gelten die Preise - sowohl für die optionalen Leistungen, als auch jene für die Grundleistungen - laut Leistungsverzeichnis. Daher liege gar kein Mangel vor. Sollte es sich tatsächlich um einen Mangel handeln, sei dieser behebbar. Es seien im gegenständlichen Fall nicht der bzw die anlässlich der Angebotseröffnung verlesenen Preise für die Ermittlung des Bieters maßgeblich. Bewertungsrelevant seien auch 50 % der Summe Preis Optionalpositionen. Verlesen worden sei lediglich der Preis der LG 38 als bewertungsrelevanter Optionspreis. Eine Behebung des Mangels im Angebotsdeckblatt samt einer Korrektur der protokollierten Preise würde nicht zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin führen, weil die protokollierten Preise eben nicht bewertungsrelevant für die Reihung der Angebote und die Ermittlung des Bestbieters seien. Die Auftraggeberin habe es demnach rechtswidrig unterlassen, der Antragstellerin die Möglichkeit zur Verbesserung eines behebbaren Angebotsmangels einzuräumen. Die Antragstellerin brachte nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen vor, dass sich aus der Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren, der Angebotslegung und der Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages unzweifelhaft ihr Interesse am Vertragsabschluss ergebe. Der drohende Schaden bestehe im Verlust der Chance auf die weitere Teilnahme am gegenständlichen Verfahren und die Erteilung des Zuschlags, die frustrierten Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren in Höhe von zumindest Euro 5000, dem Verlust in der Höhe des entgangenen Deckungsbeitrages von zumindest Euro 150.000 netto sowie dem Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes. Die Antragstellerin erachtet sich im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Nicht-Abweichung von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf ein vergaberechtskonformes und ausschreibungskonformes Vergabeverfahren, im Recht auf eine vergaberechtskonforme und ausschreibungskonforme Prüfung und Bewertung der Angebote, im Recht auf die Verbesserung eines behebbaren Mangels sowie im Recht auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes verletzt. Das Ausscheiden des Angebotes sei rechtswidrig. Es liege kein Rechenfehler vor. Sämtliche Angebotsbestandteile wiesen exakt denselben Gesamtpreis aus. Diesen Gesamtpreis wiesen auch die von der Auftraggeberin im Zuge der Angebotsöffnung erstellte Angebotsübersicht sowie das Angebotseröffnungsprotokoll aus. Es handle sich auch nicht um einen Erklärungsirrtum. Spätestens ab dem Aufklärungsschreiben vom 10. April 2012 hätte der Auftraggeberin klar sein müssen, wie die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen interpretiert und darauf basierend die Bepreisung vorgenommen habe. Die "Rangordnung" im Hinblick auf Preise im Punkt 1.1.12 Absatz 8, in den Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen sei nicht schlüssig, weil nicht erkennbar sei, welches Dokument der "Angebotshauptteil" sei. Im Sinne einer Interpretation der Ausschreibungsunterlagen sei das Leistungsverzeichnis darunter zu verstehen. Daher gelten die Preise - sowohl für die optionalen Leistungen, als auch jene für die Grundleistungen - laut Leistungsverzeichnis. Daher liege gar kein Mangel vor. Sollte es sich tatsächlich um einen Mangel handeln, sei dieser behebbar. Es seien im gegenständlichen Fall nicht der bzw die anlässlich der Angebotseröffnung verlesenen Preise für die Ermittlung des Bieters maßgeblich. Bewertungsrelevant seien auch 50 % der Summe Preis Optionalpositionen. Verlesen worden sei lediglich der Preis der LG 38 als bewertungsrelevanter Optionspreis. Eine Behebung des Mangels im Angebotsdeckblatt samt einer Korrektur der protokollierten Preise würde nicht zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin

führen, weil die protokollierten Preise eben nicht bewertungsrelevant für die Reihung der Angebote und die Ermittlung des Bestbieters seien. Die Auftraggeberin habe es demnach rechtswidrig unterlassen, der Antragstellerin die Möglichkeit zur Verbesserung eines behebbaren Angebotsmangels einzuräumen.

Am 8. Mai 2012, beim Bundesvergabeamt am 9. Mai 2012 eingelangt, erhob die B*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge mitbeteiligte Partei genannt, begründete Einwendungen und begehrte die Zustellung des Nachprüfungsantrags sowie Akteneinsicht in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeaktes, soweit diese nicht berechtigter Weise von einer Akteneinsicht auszunehmen seien. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass sie ebenso wie ein für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter von der Nichtigerklärung der angefochtenen Ausscheidensentscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sei.

Am 9. Mai 2012 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte, machte Angaben über den Umfang der Akteneinsicht und legte Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Mit Schriftsatz vom 10. Mai 2012, beim Bundesvergabeamt am 14. Mai 2012 eingebracht und eingelangt, nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin im Angebotsdeckblatt nicht alle optionalen Positionen in den "Gesamtpreis Option" eingerechnet habe. Auf das Aufklärungsersuchen vom 2. April 2012 habe die Antragstellerin so geantwortet, dass sie die Bedenken, dass ihr Angebot rechnerisch fehlerhaft sei und gegen Bedingungen der Ausschreibung verstoße, nicht ausräumen habe können. In der Preisaufgliederung im Angebotsdeckblatt seien alle bewertungsrelevanten Preise anzuführen. Neben dem "Gesamtpreis Grundleistung" sei auch der "Gesamtpreis Option" anzugeben. Nach der Festlegung in Position 00B506 seien alle Positionen einzurechnen, die im Positionsstichwort mit "OPTION" gekennzeichnet seien. Diese Summe fließe mit 50 % in die Berechnung des Preises ein. Daher seien die Preise der Grundleistung und jene der Option bei der Angebotsöffnung zu verlesen gewesen. Die Antragstellerin habe einen Preis von Euro 83.075,55 als Preis der Optionen angegeben. Die Nachrechnung habe jedoch ergeben, dass die Angebotssumme für diese optionalen Leistungen korrekterweise Euro 281.699,80 betragen müsste. In dem angegebenen Preis seien lediglich die Positionen der LG 38 enthalten. Es finde sich in der Ausschreibung kein Hinweis darauf, dass nur die optionalen Positionen der LG 38 im Angebotsdeckblatt anzugeben gewesen seien. Der Umstand, dass die optionalen Positionen gesondert beauftragt würden, sei für ihre Einstufung irrelevant. Die Antragstellerin habe somit lediglich 50 der insgesamt 67 optionalen Positionen im Angebotsdeckblatt in der Zeile "Gesamtpreis Option" angegeben. Die Widerspruchsregel sei nicht anwendbar. Da die Summe aller Optionspreise ausschließlich im Angebotsdeckblatt anzugeben gewesen sei, liege kein Widerspruch zwischen dem elektronischen Angebotshauptteil und dem Angebotsdeckblatt vor. Es handle sich dabei um einen Rechenfehler. Die fehlerhafte Preisangabe im Angebotsdeckblatt sei ein evidenter Erklärungsirrtum. Nach Punkt 1.1.18 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen würden rechnerisch fehlerhafte Angebote nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 % oder mehr des Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer betrügen. Eine Vorreihung infolge Berichtigung eines Rechenfehlers sei nicht zulässig. Die Antragstellerin habe irrtümlich nur 50 von 67 optionalen Preisen im "Gesamtpreis Option" eingerechnet und im Angebotsdeckblatt angegeben. Die übrigen 17 optionalen Preise habe sie in den "Gesamtpreis Grundleistung" eingerechnet. Es handle sich um einen evidenten Erklärungsirrtum iSd Rechtsprechung des VWGH. Der Rechenfehler betrag 16,06 % und liege weit über 2 %. Eine Mängelbehebung würde zu einer unzulässigen Änderung der Wettbewerbsstellung führen, da die Antragstellerin statt an zweiter Stelle an erster Stelle zu reihen wäre. Die Auftraggeberin beantragte daher die Zurück- in eventu die Abweisung des Nachprüfungsantrags.

Am 16. Mai 2012 wies das Bundesvergabeamt zur Zahl N/0048-BVA/03/2012-EV10 den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab.

Am 21. Mai 2012 brachte die mitbeteiligte Partei eine Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Auswirkung eines Rechenfehlers auf den Gesamtpreis für seine Qualifikation als Mangel irrelevant sei. Die Festlegung in B 1.1.18 der Ausschreibungsunterlagen stelle ausschließlich auf die Abweichung des neuen Gesamtpreises vom ursprünglichen Gesamtpreis ab. Nach den Ausschreibungsunterlagen seien drei Gesamtpreise zu bilden gewesen, nämlich der "Gesamtpreis Grundleistung", der "Gesamtpreis Option" und der "Gesamtpreis Grundleistung + Option". Der "Gesamtpreis Grundleistung" und der "Gesamtpreis Option" veränderten sich. Die Zusammensetzung des "Gesamtpreises Grundleistung + Option" ändere sich. Die Summe der Berichtigungen betrage

jedenfalls mehr als 2 %. Es sei lediglich entscheidend, ob das Angebot objektiv unter Berücksichtigung der Ausschreibungsvorgaben rechnerisch fehlerhaft sei. Nach der Rechtsprechung des VwGH handle es sich um einen Rechenfehler. Dadurch, dass die Antragstellerin entgegen den Vorgaben der Ausschreibung lediglich die optionalen Positionen der LG 38 im "Gesamtpreis Option" summiert habe, handle es sich um ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes und fehlerhaftes Angebot. Es handle sich um einen unbehebbarer Mangel, weil seine Behebung zu einer Umreihung der Angebote und damit zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin führen würde. Auch habe nach Punkt B.4.5.1.3 das Angebotsdeckblatt Vorrang vor dem Leistungsverzeichnis. Die Antragstellerin könnte die Vergütung der überhöht ausgewiesenen Grundleistungen verlangen. Schließlich dürfte der Antragstellerin zu einem nicht verlesenen Preis nicht der Zuschlag erteilt werden.

Am 31. Mai 2012 brachte die Antragstellerin eine Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass in den bei der Angebotsöffnung verlesenen Preisen alle Preise enthalten gewesen seien. Es seien keine Leistungspositionen vergessen worden. Insofern sei das Angebot "für den Zuschlag geeignet". Die verlesenen Preise seien wegen der unterschiedlichen Bezeichnung nicht mit den bewertungsrelevanten Preisen ident. Es könnten die Positionen im Leistungsverzeichnis für die Bewertung herangezogen werden. In der Ausschreibung würden unterschiedliche Begriffe verwendet. Die Antragstellerin habe alle optionalen Positionen angeboten. Die Ausschreibung enthalte keine Festlegung, welche Positionen in der Spalte "Grundleistung" und welche in der Spalte "Optionen" im Angebotsdeckblatt einzutragen seien. Lediglich die LG 38 sei zur Gänze optional. Die Instandhaltung sei als eigener Teil des Auftrags zu verlesen gewesen. Insofern hätten die optionalen Positionen unterschiedliche Qualität. Es handle sich nicht um einen Rechenfehler.

Am 5. Juni 2012 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten statt. Y***, Rechtsanwalt und Rechtsvertreter der mitbeteiligten Partei, brachte vor, dass die Antragstellerin vorgebracht hätte, dass in den Preisen alle Preisbestandteile beinhaltet gewesen seien. Demgegenüber sei in dem verlesenen Gesamtpreis optional eben nicht alles enthalten. Weiters bringe die Antragstellerin vor, dass die verlesenen Preise nicht identisch mit den bewertungsrelevanten Preisen seien. Auch das sei unzutreffend, weil zumindest der verlesene Gesamtpreis optional sehr wohl bewertungsrelevant sei und sich im Übrigen der Gesamtpreis der Normalpositionen aus den verlesenen Preisen errechnen lasse ($\text{Gesamtpreis} - \text{optionaler Preis} = \text{Gesamtpreis Normalpositionen}$). Zu der von der Antragstellerin ins Treffen geführten Wortwahl der Ausschreibung sei festzuhalten, dass für einen verständigen Bieter klar gewesen sei, dass sämtliche mit optional gekennzeichneten Positionen in den Gesamtpreis optional einzurechnen seien und dies auch tatsächlich von allen Bietern mit Ausnahme der Antragstellerin gemacht worden sei. Wenn die Antragstellerin meine, dass die Leistungsgruppe 38 im Angebotsdeckblatt auszuweisen sei, damit die Auftraggeberin sehe, was die Instandhaltung koste, sei entgegenzuhalten, dass die Auftraggeberin dies ohnehin bereits aufgrund der Leistungsgruppensumme des Leistungsverzeichnisses erkenne. X***, Rechtsanwalt, Rechtsvertreter der Antragstellerin, bestritt dieses Vorbringen. Er trug vor wie in den bisherigen Schriftsätzen und wies nochmals ausdrücklich darauf hin dass die sogenannte "Option" laut Angebotsöffnungsprotokoll als solche nicht bezeichnet sei und damit als nicht verlesen gelte. Die Rechenfehlerregel sei auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden, weil es weder zu einem irrtümlichen Mitaddieren, noch zu einem irrtümlichen Nicht-Mitaddieren der über das Leistungsverzeichnis verteilten Optionalpositionen gekommen sei. Es liege daher ein verbesserungsfähiger Angebotsmangel vor, weil sich durch die rechnerische "Umgruppierung" der vorbezeichneten Optionspreise weder der Wert der Leistung noch der Preis der Optionalpositionen als solcher ändere, weil er aus dem ausgefüllten Leistungsverzeichnis erkennbar sei. Dadurch ergebe sich daher kein Wettbewerbsvorteil für die Antragstellerin. C***, Mitarbeiterin der Rechtsabteilung der Auftraggeberin, führte aus, dass im Zuge der Angebotsöffnung alle bewertungsrelevanten Preise verlesen worden seien. Im Übrigen verwies sie auf das bisherige Vorbringen der Auftraggeberin. Y*** stimmte dem Vorbringen der Antragstellerin zu, wonach der "Gesamtpreis Option" im Angebot der Antragstellerin als nicht verlesen gelte, und dass schon aus diesem Grund das Angebot der Antragstellerin nicht zu berücksichtigen sei. Demgegenüber sei der "Gesamtpreis Option" der B*** korrekt verlesen worden. X*** bestritt dieses Vorbringen und führte aus, dass dies in der vom Vertreter der mitbeteiligten Partei dargestellten Weise nicht vorgebracht worden sei und dass bei allen Angeboten, so auch bei jenen der mitbeteiligten Partei, ein Preis verlesen worden sei, der nicht als Option bezeichnet worden sei. Eine selektive Ausscheidung der Antragstellerin aufgrund eines Verlesungsmangels, der bei allen Angeboten vorliege, sei nicht zulässig.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH schreibt die verkehrstechnische Ausstattung für den temporären Gegenverkehrsbetrieb im Bereich Tunnel Innsbruck Amras unter der Bezeichnung "SiUm Amras / A12: km 72,5 bis km 75,8 / A13: km 00,0 bis km 01,2 / Verkehrstechnische Ausstattung für temporären Gegenverkehrsbetrieb" als Bauauftrag in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Die Bekanntmachung erfolgte am 1. März 2012 im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-503493-231. Der CPV-Code lautet 51100000 - Installation von elektrischen und mechanischen Einrichtungen. Der geschätzte Auftragswert ohne die Optionen beträgt Euro 1,200.000 ohne USt, jener der Optionen Euro 435.144 ohne USt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Ausschreibung wurde dreimal berichtigt. In der ersten Berichtigung vom 7. März 2012 wurden das Leistungsverzeichnis Teil B.5 der Ausschreibung sowie die Pläne 44.512.0152-H60-A 83-02 Verkehrsführung Müls (Ostportal & Westportal) und 44.512.0152-H60- A 84-02 Verkehrsführung UF-Leuchten (Ostportal & Westportal) neu gefasst. Die zweite Berichtigung erfolgte ebenfalls am 7. März 2012 wegen einer fehlerhaften Übermittlung der ersten Berichtigung. In der dritten Berichtigung vom 16. März 2012 wurden das Angebotsdeckblatt neu gefasst, Änderungen in den Teilen B.1, B.2, B.3 und B.5 vorgenommen sowie Bieteranfragen beantwortet. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Angebotsdeckblatt lautet in der berichtigten Fassung auszugsweise wie folgt:

"Angebot

...

Auftraggeber	Vergebende Stelle
Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft	ASFINAG Bau Management GmbH RENNWEG 10a
Rotenturmstraße 5-9	A-6020 INNSBRUCK
A-1011 Wien	

Ausschreibungsgegenstand	Ansprechpartner und Informationsübermittlung
--------------------------	---

SiUm Amras	Herr D*** (050108 / *****)
------------	----------------------------

A12:km72,5 bis km75,8/A13:km00,0

bis km01,2	Die Informationsübermittlung
------------	------------------------------

Verkehrstechnische Ausstattung für
temporären Gegenverkehrsbetrieb

Ende der Angebotsfrist	Angebotsabgabe und Ort der Angebotsöffnung
------------------------	---

21.03.2012, 11:00 Uhr	Angebotsabgabe:
-----------------------	-----------------

www.ava-online.at

Ort der Angebotsöffnung:

ASFINAG Bau Management GmbH

RENNWEG 10a / 01 Stock /

Raum Rheintal

A-6020 INNSBRUCK

Die Ausschreibung besteht aus: Davon zwingend mit dem Angebot

abzugebende Unterlagen

(Ausscheidenssanktion!):

Angebotsdeckblatt und Formblätter

B.1 Allg. Ausschreibungs- * Angebotsdeckblatt
bestimmungen * Subunternehmerverzeichnis

B.2 Baubeschreibung/Pläne/ * Ausgepreistes
Gutachten Leistungsverzeichnis

B.3 Technische Vertragsbestim- * Ausgepreistes
mungen für den Straßen- und Leistungsverzeichnis
Brückenbau als dta-Datenträger

B.4 Allg. rechtliche
Vertragsbestimmungen

B.5 Leistungsverzeichnis

B.6 Bietererklärung

Art des Vergabeverfahrens: Sonstige Unterlagen:
(vom Bieter gegebenenfalls zu
ergänzen)

Offenes Verfahren Begleitschreiben o Ja o Nein

Unterswellenbereich Eigenerklärung des Bieters o Ja

Bauleistung o Nein

Dem (Haupt)-Angebot liegen folgende Preise zugrunde:

Ausschreibung mit optionalen Leistungen:

Grundleistung Option

Summe Netto EUR

Aufschlag / Nachlass% EUR

Gesamtpreis (Grundleistung/Option) EUR

Gesamtpreis (Grundleistung + Option)EUR

+ 20% MWSt EUR

Angebotspreis EUR

QUALITÄTSKRITERIUM

Verlängerung der

Gewährleistungsfrist*

Jahre

*Im Falle einer fehlenden Deklaration seitens der Bieter gilt jeweils "0" Jahre angeboten.

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Ausschreibung lautet in der berichtigten Fassung auszugsweise

wie folgt:

"B.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen

Bauleistungen

Offenes Verfahren

...

B.1 Ausschreibungsbestimmungen

Die Ausschreibungsbestimmungen regeln alle Fragen im Zusammenhang mit der Vergabe der gegenständlichen Leistungen. Sie bestehen aus

1. 1.Ziffer eins
den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen
2. 2.Ziffer 2
den projektspezifischen Ausschreibungsbestimmungen (LG00, ULG 00B1)

1.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen

...

1.1.5 Vergabeverfahren und Art des Auftrages

Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren gemäß § 25 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2006 idgF (in der Folge BVergG) geführt. Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2006 idgF (in der Folge BVergG) geführt.

Für die Wahl des Schwellenbereiches siehe die Angaben im Angebotsdeckblatt.

Der Auftrag ist ein Bauauftrag gemäß § 4 BVergG. Der Auftrag ist ein Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG.

...

1.1.12 Form und Einreichung der Angebote

...

Stimmen die Preise gemäß Angebotshauptteil (elektronisches Angebot) mit denen im Angebotsdeckblatt nicht überein, so gelten vorrangig die Angaben gemäß Angebotshauptteil.

...

1.1.14 Angebotsöffnung

Die für die Bieter zugängliche Angebotsöffnung findet unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist an dem am Angebotsdeckblatt angegebenen Ort statt.

Im Rahmen der Angebotsöffnung wird festgestellt, ob das Angebot elektronisch signiert bzw. bei schriftlichen Angeboten ob es unterfertigt ist, aus wie vielen Teilen es besteht und ob in der Ausschreibung verlangte Bestandteile im Angebot enthalten sind. Aus den Angeboten werden der Name und der Geschäftssitz sowie der Gesamtpreis unter Berücksichtigung allfälliger Nachlässe und Aufschläge mit Angabe ihres Ausmaßes sowie wesentliche Erklärungen der Bieter verlesen.

Bei der Angebotsöffnung wird ein Protokoll gemäß § 118 BVergG erstellt. Bieter - so sie an der Öffnung teilnahmeberechtigt waren - können eine Abschrift der Niederschrift direkt mitnehmen oder per Fax anfragen. Bei der Angebotsöffnung wird ein Protokoll gemäß Paragraph 118, BVergG erstellt. Bieter - so sie an der Öffnung teilnahmeberechtigt waren - können eine Abschrift der Niederschrift direkt mitnehmen oder per Fax anfragen.

...

1.1.16 Verfahrensabwicklung und Informationsübermittlung

Im Angebotsdeckblatt wird unter "Ansprechpartner und Informationsübermittlung" festgelegt, ob die Informationsübermittlung über www.ava-online.at oder konventionell per Fax erfolgt. Auf Basis dieser Festlegung sind die zugehörigen Kapitel weiter unten zu beachten.

...

1.1.17 Angebotsprüfung

Die Prüfung der Angebote erfolgt nach den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen.

Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst, oder über die geplante Art der Durchführung oder werden Mängel festgestellt, die das Angebot mit einer Ausscheidung bedrohen, so hat der Bieter die Möglichkeit innerhalb einer angemessenen Frist eine verbindliche schriftliche Aufklärung abzugeben. Erfolgt seitens des Bieters keine fristgerechte Aufklärung, so wird das Angebot ausgeschieden.

Die Wahl des Angebotes für den Zuschlag wird nach den hierfür in den vorstehenden Vergabegrundlagen enthaltenen Kriterien und Bestimmungen getroffen.

1.1.18 Rechenfehler

Rechnerisch fehlerhafte Angebote werden gem. § 126 Abs. 4 BVergG nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 v.H. oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig. Rechnerisch fehlerhafte Angebote werden gem. Paragraph 126, Absatz 4, BVergG nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 v.H. oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig.

...

B.2 BAUBESCHREIBUNG / PLÄNE / GUTACHTEN

2.1 Bauumfang und -bereich

Die projektgegenständlichen Baumaßnahmen erstrecken sich auf der A12 Inntalautobahn und der A13 Brennerautobahn zwischen dem km A12_72,4 - km A12_75,9 und dem km A13_00,00 - km A13_01,30.

Der Bereich erstreckt sich auf der A12 von km 72,40 über den Ast Innsbruck Ost weiter über den Knoten Amras, Auffahrt Innsbruck Mitte bis knapp vor den Wiltener-Tunnel. Auf der A13 von km 00,00 bis knapp vor den Bergisel-Tunnel.

Es wird darauf hingewiesen, dass der Bereich auf der A12 zu den meistbefahrenen Teilstücken der Inntal Autobahn (mit ca. 70.000 Fahrzeuge pro Tag) zählt.

...

2.1.1 Kurzbeschreibung der gegenständlichen Baumaßnahme

Die gegenständliche Baumaßnahme umfasst die verkehrstechnische Ausstattung für einen temporären Gegenverkehrsbetrieb (GV-Betrieb) im Tunnel.

Der GV-Betrieb sieht vor, dass im Ausnahmefall eine Tunnelröhre gesperrt werden kann und die jeweils andere Tunnelröhre einspurig im Gegenverkehr geführt wird. Eine wesentliche Vorgabe besteht darin, dass sich ein Gegenverkehrsbetrieb in jeder Röhre des Tunnels relativ rasch einrichten lässt.

Dazu muss sowohl auf den Zulaufstrecken zum Tunnel als auch im Tunnel eine entsprechende Infrastruktur für die Verkehrsführung/Verkehrslenkung errichtet werden. Diese umfassen den gesamten Stahlbau (z.B. Verkehrszeichenträger), die dafür notwendigen Verkehrslenkungsanlagen (FASI, WVZ, usw.) sowie die Verkabelung aller dafür benötigter Betriebsmittel. Soweit möglich wird dabei die bestehende Infrastruktur des Tunnels bzw. auch der VBA Tirol adaptiert und weiterverwendet.

Die Infrastruktur im Tunnel wurde bereits bei der Errichtung der Einhausung SiUm AMRAS vorgezogen und von der Fa. B*** errichtet.

Im Detail sind folgende Leistungen geplant:

Errichten und Bestücken von Verkehrszeichenträger für den RV/GV-Betrieb (Fundamente werden beigestellt)

Adaptierung, Umbau und Wiedermontage von bestehenden

Anzeigequerschnitten

Herstellen und adaptieren von Erdungsmaßnahmen

Verkabelung der einzelnen Betriebsmittel Energieverteilungen sowie Errichtung von Energieverteilern

Verkehrssteuerung

Errichten einer Spurführung mittels Unterflurleuchten [UF]

(optional)

Datenübertragungseinrichtungen

Niederspannungs- und Schwachstromverkabelungen

Inbetriebsetzung und gewerkeübergreifende Inbetriebnahmen mit Tests

Der genaue Leistungsumfang dieser Ausschreibung kann der B.5 und der Schnittstelliste unter Punkt 2.1.14 entnommen werden.

...

B.3 TECHNISCHE VERTRAGSBESTIMMUNGEN

...

3.38 Wartungsarbeiten

...

B.4 Allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen

Einleitung

Die Gliederung dieser allgemeinen rechtlichen Vertragsbestimmungen folgt der Gliederung der ÖNORM B 2110 idF 2011-03-01 (in der Folge "ÖNORM"). Die jeweiligen Änderungen/Ergänzungen zu den Bestimmungen der ÖNORM werden im Rahmen dieser allgemeinen rechtlichen Vertragsbestimmungen angeführt und gelten nur für diese allgemeinen rechtlichen Vertragsbestimmungen. Hinsichtlich der projektspezifischen rechtlichen Vertragsbestimmungen wird auf die dortigen Änderungen/Ergänzungen zur ÖNORM (siehe "LG 00") verwiesen. Soweit Punkte der ÖNORM in diesen allgemeinen rechtlichen Vertragsbestimmungen nicht genannt sind bzw. auch in der "LG 00" nicht geändert sind, gilt die Bestimmung der ÖNORM unverändert. Die Gliederung dieser allgemeinen rechtlichen Vertragsbestimmungen folgt der Gliederung der ÖNORM B 2110 in der Fassung 2011-03-01 (in der Folge "ÖNORM"). Die jeweiligen Änderungen/Ergänzungen zu den Bestimmungen der ÖNORM werden im Rahmen dieser allgemeinen rechtlichen Vertragsbestimmungen angeführt und gelten nur für diese allgemeinen rechtlichen Vertragsbestimmungen. Hinsichtlich der projektspezifischen rechtlichen Vertragsbestimmungen wird auf die dortigen Änderungen/Ergänzungen zur ÖNORM (siehe "LG 00") verwiesen. Soweit Punkte der ÖNORM in diesen allgemeinen rechtlichen Vertragsbestimmungen nicht genannt sind bzw. auch in der "LG 00" nicht geändert sind, gilt die Bestimmung der ÖNORM unverändert.

1. 1.Ziffer eins

Anwendungsbereich

(es gilt Punkt 1. ÖNORM mit folgenden Ergänzungen)

Für diesen Auftrag gelten die projektspezifischen rechtlichen Vertragsbestimmungen (siehe "LG 00"), subsidiär dazu diese allgemeinen rechtlichen Vertragsbestimmungen für Bauaufträge, subsidiär zu den projektspezifischen und allgemeinen rechtlichen Vertragsbestimmungen die Bestimmungen der ÖNORM und im Übrigen die gesetzlichen Vorschriften. Abweichende Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers (in der Folge nur "AN") sind - sofern sie vergaberechtlich überhaupt zulässig sind - für den Auftraggeber (in der Folge nur "AG") nur dann verbindlich, wenn er sie ausdrücklich schriftlich, mittels Fax oder elektronisch anerkennt.

Mit der Einreichung des Angebots, mit der Annahme bzw. mit der Ausführung des Auftrags anerkennt der AN die Geltung des vorstehenden Absatzes.

Die Vertragsbedingungen gelten uneingeschränkt auch für alle Vertragsanpassungen sowie Mehr-, Minder- und Regieleistungen.

1. 2.Ziffer 2

Normative Verweise

(es gilt Punkt 2 der ÖNORM unverändert)

1. 3.Ziffer 3

Begriffe

(es gilt Punkt 3 der ÖNORM unverändert)

1. 4.Ziffer 4

Verfahrensbestimmungen

(es gilt Punkt 4 der ÖNORM unverändert)

...

5.1.3 Reihenfolge der Vertragsbestandteile

(Punkt 5.1.3 der ÖNORM gilt nicht und wird wie folgt geändert)

Ergeben sich aus dem Vertrag Widersprüche, gelten die Vertragsbestandteile in nachfolgender Reihenfolge:

1. 1.Ziffer eins

Schlussbrief;

2. 2.Ziffer 2

Angebotsdeckblatt,

3. 3.Ziffer 3

B.6 [inkl. LG00B6];

4. 4.Ziffer 4

B.5 [inkl. LG00B5] (Ergänzend zum LV sind sämtliche Bestimmungen des Vertrages, insbesondere die Ergänzungen des Teiles B 3, bei der Kalkulation und Ausführung zu berücksichtigen. Klarstellend wird festgehalten, dass Ergänzungen keinen Widerspruch im Sinne der vertraglichen Widerspruchsregel darstellen. Verweise auf Dokumente außerhalb des Vertrages (z.B. Richtlinien, Normen, RVS), insbesondere aus dem LV, sind stets nachrangig zu sämtlichen Vertragsbestandteilen;

5. 5.Ziffer 5

B.4 [inkl. LG00B4];

6. 6.Ziffer 6

B.3 [inkl. LG00B3];

7. 7.Ziffer 7

B.2 [inkl. LG00B2] (Pläne vor Gutachten, beide vor der Baubeschreibung);

8. 8.Ziffer 8

B.1 [inkl. LG00B1];

9. 9.Ziffer 9

Normen technischen Inhalts (auch dann, wenn in den vorgenannten Bestimmungen hierauf verwiesen wird);

10. 10.Ziffer 10

die ÖNORMEN (Werkvertragsnormen der Serien B 22xx und H 22xx) mit vornormierten Vertragsinhalten, die für einzelne Sachgebiete gelten;

11. 11.Ziffer 11

die ÖNORM B 2110 sowie die ÖNORMEN B 2111 und B 2114;

12. 12.Ziffer 12

Richtlinien technischen Inhalts.

13. 13.Ziffer 13

Allgemeine gesetzliche Bestimmungen (UGB und ABGB)

Innerhalb der jeweiligen Ausschreibungsteile gelten die projektspezifischen Bestimmungen für den Einzelfall vorrangig zu den allgemeinen Bestimmungen. Die projektspezifischen Bestimmungen der LG00 gelten auf gleicher Ebene wie die dazugehörigen B-Teile.

...

AUSSCHREIBUNGS - LEISTUNGSVERZEICHNIS

...

geprüfte Summen

Summe LV	EUR	EUR
Aufschlag/Nachlass	EUR	EUR
Gesamtpreis	EUR	EUR
zuzüglich...%USt.	EUR	EUR
Angebotspreis	EUR	EUR

...

00 Projektspezifische Bestimmungen

Die Bestimmungen der LG 00 gelten für das gesamte Leistungsverzeichnis (LV).

00B1 Ausschreibungsbestimmungen

00B101 Ausschreibungsbestimmungen - siehe B.1

Vorrangig zu den "Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen" (Teil B.1) gelten folgende projektspezifische Ausschreibungsbestimmungen.

...

00B105 Zuschlagsprinzip und Angebotsbewertung

00B105A Bestbieter

Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden zufolge Paragraph 129

BVergG übrig bleiben, wird der Zuschlag dem technisch und

wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt.

Ermittlung der Punkte Qualität:

Punkte Qualität = 3 %

Ermittlung der Punkte Preis:

Die Preispunkte der Bieter errechnen sich aus folgender Formel:

$\text{Punkte Preis} = (\text{Preis des Billigstbieters} / \text{Preis des Bieters}) * 97 \%$

Der zur Bewertung herangezogene Preis setzt sich wie folgt zusammen:

$\text{Preis} = \text{Summe Preis Normalpositionen} + 50\% \text{ der Summe}$

$\text{PreisOptionalpositionen}$

Ermittlung der Gesamtpunkte:

$\text{Gesamtpunkte} = \text{Punkte Preis} + \text{Punkte Qualität}$

Der Bieter mit den höchsten Gesamtpunkten ist Bestbieter.

00B106 Zuschlagskriterien/-kriterium

00B106B Zuschlagskrit.: Verlängerung Gewährleist.

Die Errechnung der Punkte "Verlängerung der Gewährleistungsfrist"

erfolgt nach folgendem Schema:

Für die Verlängerung der im Teil B.4 angeführten Gewährleistungsfrist werden pro Jahr 1% -Punkte angerechnet. Werte dazwischen werden interpoliert.

In die Bestbieterermittlung gehen jedoch maximal 3 Jahre ein. Im gegenständlichen Qualitätskriterium wird seitens des Bieters eine generelle Verlängerung der in den Ausschreibungsunterlagen bedungenen Fristen und subsidiär den in einschlägigen Richtlinien und Normen vorgesehenen Fristen angeboten. Die seitens des Bieters angebotene Verlängerung der Gewährleistungsfrist (0, 1, 2, 3, 4 oder 5 Jahre) wird als Konstante zu den in den Ausschreibungsunterlagen bedungenen Fristen und subsidiär den in entsprechenden Richtlinien und Normen vorgesehenen Fristen hinzu gezählt.

Bei allgemeiner Verlängerung der Gewährleistungsfrist z.B. um 3 Jahre ermittelt sich die neue vertraglich angebotene Gewährleistungsfrist auf:

Vertragliche Gewährleistungsfrist: 5 Jahre + 3 Jahre = 8 Jahre

...

00B495 Wartung und Instandhaltung

Für die Wartung und Instandhaltung gelten die Instandhaltungsbestimmung (siehe B.2, Pkt. 2.4) in der Version AG. Die Instandhaltungsarbeiten werden unter Berücksichtigung der in Teil B.2 angeschlossenen Instandhaltungsbestimmungen in Teil B.5 positionsweise ausgeschrieben.

Die Instandhaltungsarbeiten werden gesondert beauftragt. Zur Abwicklung des Instandhaltungsvertrages wird festgehalten, dass die Vertragsbestimmungen des gegenständlichen Vertragswerks ebenfalls Bestandteil des Instandhaltungsvertrages sind. Der Instandhaltungsvertrag bleibt nach Abschluss des Herstellungsvertrages als eigenes

Vertragswerk aufrecht.

Während des Gewährleistungszeitraumes wird vom AN die Instandhaltung nach den Regeln des Instandhaltungsvertrages im Rahmen des Herstellungsvertrages durchgeführt.

...

00B5 Leistungsverzeichnis

00B501 Leistungsverzeichnis - siehe B.5

Siehe Teil B.5 "Leistungsverzeichnis".

00B502 Allgemeines

Wesentliche Positionen:

Die Wesentlichen Positionen sind im LV mit W = "W" gekennzeichnet. Hinsichtlich allfälliger Eventual- und Wahlpositionen gilt folgende

Regelung:

Die Kennung von Eventual-Positionen erfolgt gem. Ö Norm mit P = "E"

und für Wahl-Positionen mit P = "W" und V = "X". Beispiel: "W1"

Allfällig zusätzliche Kennzeichnungen sind, sofern nachstehend nicht ausdrücklich anders geregelt und definiert, NICHT Gegenstand des Leistungsverzeichnisses bzw. der Leistungsbeschreibung und werden somit auch nicht Vertragsgegenstand.

Bezüglich der Kalkulations- und Abrechnungsbestimmungen gelten auch vollinhaltlich die im Ausschreibungsteil B.3 angeführten Bedingungen.

...

00B506 Z Optionale Positionen

Ergänzend zur Position 00B502 sind zusätzlich zu den oben genannten Eventual- und Wahlpositionen, optionale Positionen anzubieten. Diese sind im Positionsstichwort mit "OPTION" gekennzeichnet. Die Preisermittlung erfolgt gemäß Position 00B105A.

..."

In der Leistungsgruppe 01 Z "Baustellengemeinkosten", Unterleistungsgruppe 0128 "Verkehrsabsicherung" sind die Positionen 012801F Z "OPTION-Verkehrsabsicherung UF-Leuchten Portal Ost" und 012801G Z "OPTION-Verkehrsabsicherung UF-Leuchten Portal West" optional anzubieten. In der Leistungsgruppe 13 Z "Verkehrslenkung", Unterleistungsgruppe 1320 Z "LED Infotafeln" sind die Positionen 132003 Z "Unterflur Leiteinrichtung (Freifeld)", 132003A Z "OPTION-Leuchtmodul, Unterflur, or, FF, OP", 132003B Z "OPTION-Leuchtmodul, Unterflur, or, FF, WP", 132003C Z "OPTION-Schneiden und vergießen von Schlitten, OP", 132003D Z "OPTION-Schneiden und vergießen von Schlitten, WP", 132003E Z "OPTION-Schutzrohr für LED-Verkabelung (unterflur), OP", 132003F Z "OPTION-Schutzrohr für LED-Verkabelung (unterflur), WP", 132003G Z "OPTION-Steuergerät für Leuchtmodule, Typ 1" und 132003H Z "OPTION-Steuergerät für Leuchtmodule, Typ 2" optional anzubieten. In der Leistungsgruppe 14 Z "Verkehrszeichenträger", Unterleistungsgruppe 1420 Z "Verkehrszeichenträger" sind die Positionen 142020A Z "OPTION-AZ begehbar, für Pos 142010A" W, 142020B Z "OPTION-AZ begehbar, für Pos 142010B" W, 142020C Z "OPTION-AZ begehbar, für Pos 142010C" W, 142020D Z "OPTION-AZ begehbar, für Pos 142010D" W, 142020F Z "OPTION-AZ begehbar, für Pos 142010F" W, 142020G Z "OPTION-AZ begehbar, für Pos 142010G" W und 142020H Z "OPTION-AZ begehbar, für Pos 142010H" W optional anzubieten. In der Leistungsgruppe 27 Z "Kabel", Unterleistungsgruppe 2740 Z Systemkabel sind die Positionen 274001A Z "OPTION-Zuleitungskab. LED-Leiteinr. Freif." W, 274001B Z "OPTION-Verbindungskab. LED-Leiteinr. Freif." optional anzubieten. Die gesamte Leistungsgruppe 38 Z "Wartungsarbeiten" ist optional anzubieten und eine Leistungsgruppensumme zu bilden.

"...

B.6 Bietererklärung

6.1 Allgemeine Erklärung

Der Bieter erklärt,

* dass er die Ausschreibungsunterlagen kennt und mit den darin enthaltenen Bestimmungen vollinhaltlich einverstanden ist.

* dass er die Ausschreibungsunterlagen samt Beilagen (inkl. allfälliger Berichtigungen) als ausreichend und klar für die ordnungsgemäße Erstellung des Angebotes befunden hat und die angebotenen Preise für ihn verbindlich sind.

* dass er sich über den Umfang der Leistungen und über alle sonstigen preisbildenden Umstände, die für das Erstellen des Angebotes notwendig sind, ausreichend informiert hat und diese dem Angebot zugrunde gelegt hat.

* dass die in diesen Unterlagen beschriebenen technischen Ausführungsarten durchführbar sind, dies insbesondere auch im Zusammenhang mit der Rügepflicht gemäß § 106 Abs 6 BVergG.* dass die in diesen Unterlagen beschriebenen technischen Ausführungsarten durchführbar sind, dies insbesondere auch im Zusammenhang mit der Rügepflicht gemäß Paragraph 106, Absatz 6, BVergG.

...

dass er keine unklaren oder unvollständigen Ausschreibungsunterlagen erkannt hat, deren Klarstellung oder Ergänzung er nicht nachweislich verlangt hat

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In der Ausschreibung sind ausschließlich Normalpositionen und optionale Positionen enthalten. Es gab keine Bieteranfrage zu der Berechnung der Summen am Angebotsdeckblatt. (Aussage von C***, Mitarbeiterin in der Rechtsabteilung der Auftraggeberin, in der mündlichen Verhandlung)

Die Angebotsöffnung erfolgte am 21. März 2012. Die A*** legte ein Angebot mit einer Angebotssumme von Euro 1,320.104,81 und optionalen Leistungen von Euro 83.055,75 jeweils ohne USt. Die B*** legte ein Angebot mit einer Angebotssumme von Euro 1,319.626,55 und optionalen Leistungen von Euro 273.273 jeweils ohne USt. Die E*** legte ein Angebot mit einer Angebotssumme von Euro 1,374.677,92 und optionalen Leistungen von Euro 335.413,62 jeweils ohne USt. Die F*** legte ein Angebot mit einer Angebotssumme von

Euro 1.573.407,96 und optionalen Leistungen von Euro 431.038,90 jeweils ohne USt. Die Schätzkosten betragen für die Angebotssumme Euro 1,592.467 und für die optionalen Leistungen Euro 435.144 jeweils ohne USt. (Auskünfte der Auftraggeberin; amtliche Einschau unter www.auftrag.at)

Die Summe der optionalen Positionen iSd Position 00B506 im Angebot der Antragstellerin beträgt Euro 281.699 ohne USt. Bei Korrektur der Summen im Angebotsdeckblatt verringert sich der bewertungsrelevante Preis des Angebots der Antragstellerin. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Feststellungen in der mündlichen Verhandlung)

Mit Schreiben vom 2. April 2012 forderte die vergebende Stelle die Antragstellerin auf, Eignungsnachweise für sich selbst und die namhaft gemachten Subunternehmer, die Formblätter "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers", "Verbindlicher Personaleinsatzplan", "Erklärung personelle Ausstattung", Erklärung hinsichtlich durchgeführter Arbeiten" und Referenzen vorzulegen. Weiters hielt sie der Antragstellerin vor, dass im Angebotsdeckblatt eine Summe Optionale Leistungen von Euro 83.075,55 statt Euro 281.699,80 eingetragen war. Es ergebe sich ein rechnerischer Fehler > 2 %. Aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen im Teil B.1 Punkt 1.1.18 bzw aufgrund des § 126 Abs 4 BVergG sei das Angebot der Antragstellerin vom Ausscheiden bedroht. Die vergebende Stelle forderte die Antragstellerin zur Aufklärung innerhalb der angegebenen Frist auf und wies das mögliche Ausscheiden bei Unterlassung der Aufklärung oder mangelhafter Aufklärung hin. (Unterlagen des Vergabeverfahrens) Mit Schreiben vom 2. April 2012 forderte die vergebende Stelle die Antragstellerin auf, Eignungsnachweise für sich selbst und die namhaft gemachten Subunternehmer, die Formblätter "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers", "Verbindlicher Personaleinsatzplan", "Erklärung personelle Ausstattung", Erklärung hinsichtlich durchgeführter Arbeiten" und Referenzen vorzulegen. Weiters hielt sie der Antragstellerin vor, dass im Angebotsdeckblatt eine Summe Optionale Leistungen von Euro 83.075,55 statt Euro 281.699,80 eingetragen war. Es ergebe sich ein rechnerischer Fehler > 2 %. Aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen im Teil B.1 Punkt 1.1.18 bzw aufgrund des Paragraph 126, Absatz 4, BVergG sei das Angebot der Antragstellerin vom Ausscheiden bedroht. Die vergebende Stelle forderte die Antragstellerin zur Aufklärung innerhalb der angegebenen Frist auf und wies das mögliche Ausscheiden bei Unterlassung der Aufklärung oder mangelhafter Aufklärung hin. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Schreiben vom 10. April 2012 legte die Antragstellerin die geforderten Unterlagen vor und führte zum Vorhalt des Rechenfehlers aus:

"Die im Angebotsdeckblatt angegebene Aufgliederung in Grundleistung und Option stellt keinen Rechenfehler im Sinne des BVergG bzw. der gegenständlichen Ausschreibungsbestimmungen dar.

In der Spalte Option wurde der Preis für die LG 38 Wartungsarbeiten eingetragen, da die Vorbemerkung zu Punkt 3801 des Ausschreibungsleistungsverzeichnisses festlegt, dass die Wartung und Inspektion optional beauftragt werden kann.

Wenn unter der Überschrift Option alle mit dem Positionsstichwort "OPTION" gekennzeichneten Positionen zu verstehen sind, lautet die Summe dieser Positionen wie von Ihnen ermittelt Euro 281.699,80. In diesem Fall beträgt die Summe der Grundleistung Euro 1.038.405,01. Der im Angebotsdeckblatt ausgewiesene Gesamtpreis von Euro 1.320.104,81 bleibt daher unverändert und entspricht exakt dem Gesamtpreis des Leistungsverzeichnisses. Die unterschiedliche Darstellung basiert nur auf der unterschiedlichen Interpretation, wie das Angebotsdeckblatt auszufüllen sei.

Die Anpassung der im Angebotsdeckblatt ausgewiesenen Aufteilung hat jedenfalls entsprechend Punkt 1.1.12 Abs. 8 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen zu erfolgen: Stimmen die Preise gemäß Angebotshauptteil (elektronisches Angebot) mit denen im Angebotsdeckblatt nicht überein, so gelten vorrangig die Angaben gemäß Angebotshauptteil. Das ausgepreiste Leistungsverzeichnis bildet den Angebotshauptteil und es gelten somit bei Widersprüchen die jeweils aus dem LV direkt ermittelten Summen der Positionspreise. Die Anpassung der im Angebotsdeckblatt ausgewiesenen Aufteilung hat jedenfalls entsprechend Punkt 1.1.12 Absatz 8, der Allgemeinen Angebotsbestimmungen zu erfolgen: Stimmen die Preise gemäß Angebotshauptteil (elektronisches Angebot) mit denen im Angebotsdeckblatt nicht überein, so gelten vorrangig die Angaben gemäß Angebotshauptteil. Das ausgepreiste Leistungsverzeichnis bildet den Angebotshauptteil und es gelten somit bei Widersprüchen die jeweils aus dem LV direkt ermittelten Summen der Positionspreise.

Sollte die fehlende Übereinstimmung einzelner Angaben dennoch als Mangel qualifiziert werden, ist dieser behebbar. Durch die Mängelbehebung (Anpassung der Aufteilung zwischen Grundleistung und Option gemäß

Leistungsverzeichnis) kommt es zu keiner Änderung der gültigen Angebotspreise. Der Ermittlung des Bestbieters nach Punkt 008105A des Leistungsverzeichnisses werden ausdrücklich die im LV angegebenen Positionspreise (für Normalpositionen einerseits und Optionalpositionen andererseits) zu Grunde gelegt. Das Angebotsdeckblatt ist hier nicht relevant bzw. es gelten die Angaben im Angebotsdeckblatt nachrangig.

Für Fragen bzw. weitere Informationen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der vorläufige Prüfbericht lautet auszugsweise wie folgt:

"...

4.4 Bieter Nr. 4: A***

...

4.4.3 Rechnerische Prüfung des Angebotes und allfälliger Alternativangebote

Im Zuge der Angebotsprüfung wurde ein Preisspiegel erstellt, der im Anhang beigelegt ist.

Es liegt ein Rechenfehler vor, und die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen beträgt mehr als 2% des ursprünglichen Gesamtpreises. Das Angebot ist daher (nach Einräumung der Möglichkeit einer schriftlichen Stellungnahme durch den Bieter) auszuschneiden.

Im Zuge der Angebotsprüfung musste festgestellt werden, dass das Angebot bezüglich der Optionalen Leistungen gemäß Deckblatt eine Summe für die Optionalen Leistungen in Höhe von Euro 83.075,55 aufweist. Dieser Betrag ist im Angebotsöffnungsprotokoll als bewertungsrelevanter Preis für die Optionalen Leistungen auch verlesen und protokolliert worden. Eine Nachrechnung der LV-Positionen ergab jedoch, dass die Angebotssumme für diese Leistungen korrekterweise Euro 281.699,80 betragen müsste. Somit ergibt sich ein Rechenfehler von >2%.

Daraus folgt, dass nach den Bestimmungen der Ausschreibung rechnerisch fehlerhafte Angebote gem. § 126 Abs. 4 BVergG nicht weiter berücksichtigt werden, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 v.H. oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig. Die Einrechnung der Optionspreise in die Grundleistung stellt einen solchen Rechenfehler dar. Daraus folgt, dass nach den Bestimmungen der Ausschreibung rechnerisch fehlerhafte Angebote gem. Paragraph 126, Absatz 4, BVergG nicht weiter berücksichtigt werden, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 v.H. oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig. Die Einrechnung der Optionspreise in die Grundleistung stellt einen solchen Rechenfehler dar.

Der Bieter hat diesbezüglich folgende Aufklärung übermittelt:

Die im Angebotsdeckblatt angegebene Aufgliederung in Grundleistung und Option stellt keinen Rechenfehler im Sinne des BVergG bzw. der gegenständlichen Ausschreibungsbestimmungen dar.

In der Spalte Option wurde der Preis für die LG 38 Wartungsarbeiten eingetragen, da die Vorbemerkung zu Punkt 3801 des Ausschreibungsleistungsverzeichnisses festlegt, dass die Wartung und Inspektion optional beauftragt werden kann.

Wenn unter der Überschrift Option alle mit dem Positionsstichwort 'OPTION' gekennzeichneten Positionen zu verstehen sind, lautet die Summe dieser Positionen wie von Ihnen ermittelt Euro 281.699,80. In diesem Fall beträgt die Summe der Grundleistung Euro 1.038.405,01. Der im Angebotsdeckblatt ausgewiesene Gesamtpreis von Euro 1.320.104,81 bleibt daher unverändert und entspricht exakt dem Gesamtpreis des Leistungsverzeichnisses. Die unterschiedliche Darstellung basiert nur auf der unterschiedlichen Interpretation, wie das Angebotsdeckblatt auszufüllen sei.

Die Anpassung der im Angebotsdeckblatt ausgewiesenen Aufteilung hat jedenfalls entsprechend Punkt 1.1.12 Abs. 8 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen zu erfolgen: Stimmen die Preise gemäß Angebotshauptteil (elektronisches Angebot) mit denen im Angebotsdeckblatt nicht überein, so gelten vorrangig die Angaben gemäß Angebotshauptteil. Das ausgepreiste Leistungsverzeichnis bildet den Angebotshauptteil und es gelten somit bei Widersprüchen die jeweils aus dem LV direkt ermittelten Summen der Positionspreise. Die Anpassung der im Angebotsdeckblatt ausgewiesenen

Aufteilung hat jedenfalls entsprechend Punkt 1.1.12 Absatz 8, der Allgemeinen Angebotsbestimmungen zu erfolgen: Stimmen die Preise gemäß Angebotshauptteil (elektronisches Angebot) mit denen im Angebotsdeckblatt nicht überein, so gelten vorrangig die Angaben gemäß Angebotshauptteil. Das ausgepreiste Leistungsverzeichnis bildet den Angebotshauptteil und es gelten somit bei Widersprüchen die jeweils aus dem LV direkt ermittelten Summen der Positionspreise.

Sollte die fehlende Übereinstimmung einzelner Angaben dennoch als Mangel qualifiziert werden, ist dieser behebbar. Durch die Mängelbehebung (Anpassung der Aufteilung zwischen Grundleistung und Option gemäß Leistungsverzeichnis) kommt es zu keiner Änderung der gültigen Angebotspreise. Der Ermittlung des Bestbieters nach Punkt 008105A des Leistungsverzeichnisses werden ausdrücklich die im LV angegebenen Positionspreise (für Normalpositionen einerseits und Optionalpositionen andererseits) zu Grunde gelegt. Das Angebotsdeckblatt ist hier nicht relevant bzw. es gelten die Angaben im Angebotsdeckblatt nachrangig.

Zur Aufklärung ist seitens des AG festzuhalten, dass im elektronischen Blatt (Angebotshauptteil) die Optionen nicht explizit angeführt sind. Der Gesamtpreis der Optionen wird nur im "händisch" ausgefüllten Deckblatt ersichtlich und ist daher wesentlich für die Angebotsöffnung.

Wie dem Angebotsprotokoll zu entnehmen ist, ist als bewertungsrelevanter Optionspreis lediglich der Preis der LG 38 (anstelle der Gesamtsumme der Optionspreise) verlesen und protokolliert worden.

Eine Änderung der protokollierten Preisbestandteile würde zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung führen, welche aus Sicht des AG nicht zulässig ist.

Aus diesen Gründen ist das Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 9 und § 129 Abs 2 BVergG 2006 auszuschneiden. Aus diesen Gründen ist das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 9 und Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 auszuschneiden.

...

4.4.5 Schriftliche und mündliche Aufklärungen

02.04.2012

Es wurde eine Aufforderung zur Aufklärung gemäß § 126 BVergG 2006 an den Bieter versendet. Es wurde eine Aufforderung zur Aufklärung gemäß Paragraph 126, BVergG 2006 an den Bieter versendet.

4.4.6 Beurteilung des Bieters

Alle von Seiten des AG geforderten Unterlagen wurden binnen der vorgegebenen Frist eingereicht.

Aufgrund der in der Ausschreibung definierten Kriterien liegt ein Rechenfehler vor, das Angebot ist daher (nach Einräumung der Möglichkeit zu einer schriftlichen Stellungnahme durch den Bieter) auszuschneiden.

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit E-Mail vom 27. April 2012 wurde das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden. Es lautet wie folgt:

"Sehr geehrte Damen und Herren,

wir müssen Ihnen leider mitteilen, dass Ihr Angebot 'Basisangebot' aus dem Verfahren Sium Amras Verkehrstechnische Ausstattung f. temporären Gegenverkehrsbetrieb (ID-Nr.: 10545) ausgeschieden wurde.

Die Begründung finden sie unter folgendem Link:

https://www.avaonline.at/bieter/?aso=rp7t6ypr9_rp8cprt979_r5crttp6y9cr_r5c9cytyptt9&filename=50309_begrueundung_A***_0.pdf

Mit freundlichen Grüßen

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die im Online-System der Auftraggeberin hinterlegte Begründung lautet wie folgt:

"Begründung über das Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 Abs. 3 BVergG 2006" Begründung über das Ausscheiden von Angeboten gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006

Nach erfolgter Prüfung war Ihr Angebot aus folgendem Grund auszuschneiden:

Rechenfehler

Weil Ihr oben erwähntes Angebot rechnerisch fehlerhaft ist und gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen ist.

Sachverhalt:

Nach den Bestimmungen der Ausschreibung werden rechnerisch fehlerhafte Angebote gem. § 126 Abs. 4 BVergG nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 v.H. oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig. Nach den Bestimmungen der Ausschreibung werden rechnerisch fehlerhafte Angebote gem. Paragraph 126, Absatz 4, BVergG nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 v.H. oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig.

Im Zuge der Angebotsprüfung des oben genannten Projektes musste festgestellt werden, dass Ihr Angebot bezüglich der Optionalen Leistungen gemäß Deckblatt eine Summe für die Optionalen Leistungen

In Höhe von Euro 83.075,55 aufweist. Dieser Betrag ist im Angebotsöffnungsprotokoll als bewertungsrelevanter Preis für die optionalen Leistungen auch verlesen und protokolliert worden. Eine Nachrechnung der LV-Positionen ergab jedoch, dass die Angebotssumme für diese Leistungen korrekterweise Euro 281.699,80 betragen müsste. Somit ergibt sich ein Rechenfehler von >2%.

Daraus folgt:

Nach den Bestimmungen der Ausschreibung werden rechnerisch fehlerhafte Angebote gem. § 126 Abs. 4 BVergG nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 v.H. oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig. Die Einrechnung der Optionspreise in die Grundleistungen stellt einen solchen Rechenfehler dar. Nach den Bestimmungen der Ausschreibung werden rechnerisch fehlerhafte Angebote gem. Paragraph 126, Absatz 4, BVergG nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 v.H. oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig. Die Einrechnung der Optionspreise in die Grundleistungen stellt einen solchen Rechenfehler dar.

Zu Ihrer Aufklärung ist festzuhalten, dass im elektronischen Blatt (Angebotshauptteil) die Option nicht explizit angeführt sind. Der Gesamtpreis der Option wird nur im 'händisch' ausgefüllten Deckblatt ersichtlich und ist daher wesentlich für die Angebotsöffnung. Wie dem Angebotsprotokoll zu entnehmen ist, ist als bewertungsrelevanter Optionspreis lediglich der Preis der LG 38 (anstelle der Gesamtsumme der Optionspreise) verlesen und protokolliert worden.

Eine Änderung der protokollierten Preisbestandteile würde zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung führen, welche aus unserer Sicht nicht zulässig ist.

Aus diesen Gründen ist Ihr Angebot gemäß § 129 Abs.1 Z 9 und § 129 Abs.2 BVergG 2006 auszuschneiden. Aus diesen Gründen ist Ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 9 und Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 auszuschneiden.

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Eine Zuschlagsentscheidung wurde noch nicht bekanntgegeben. Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 4.500 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Aussagen in der mündlichen Verhandlung wurden nur so weit herangezogen, als sie unbestritten blieben. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

Die BVergG-Novelle 2012, BGBl I Nr 10/2012, trat am 1. April 2012 in Kraft. Gemäß § 345 Abs 15 Z 3 BVergG sind zu diesem Zeitpunkt bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Zu diesem Zeitpunkt beim Bundesvergabeamt anhängige Nachprüfungsverfahren sind ebenfalls nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Die BVergG-Novelle 2012, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012,, trat am 1. April 2012 in Kraft. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG sind zu diesem Zeitpunkt bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Zu diesem Zeitpunkt beim Bundesvergabeamt anhängige Nachprüfungsverfahren sind ebenfalls nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen.

Das Vergabeverfahren wurde mit der Absendung der Bekanntmachung am 1. März 2012, somit vor Inkrafttreten der Novelle 2012 eingeleitet. Daher ist das BVergG in der Fassung vor Inkrafttreten der Novelle 2012 auf das Vergabeverfahren anzuwenden. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde 4. Mai 2012 eingeleitet. Es ist daher nach den Bestimmungen des BVergG idF Novelle 2012 zu führen. Die Paragraphenzitate beziehen sich auf diese Bestimmungen. Das Vergabeverfahren wurde mit der Absendung der Bekanntmachung am 1. März 2012, somit vor Inkrafttreten der Novelle 2012 eingeleitet. Daher ist das BVergG in der Fassung vor Inkrafttreten der Novelle 2012 auf das Vergabeverfahren anzuwenden. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde 4. Mai 2012 eingeleitet. Es ist daher nach den Bestimmungen des BVergG in der Fassung Novelle 2012 zu führen. Die Paragraphenzitate beziehen sich auf diese Bestimmungen.

3.2 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Bei der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (zB BVA 7. 4. 2010, N/0012-BVA/12/2010-16 u.v.a.). Bei der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (zB BVA 7. 4. 2010, N/0012-BVA/12/2010-16 u.v.a.).

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Auftraggeberin als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG 2006 geführt. Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Auftraggeberin als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006 geführt.

Bei dem Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG. Das gegenständliche Verfahren ist gemäß § 12 Abs 1 Z 3 BVergG dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Bei dem Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG. Das gegenständliche Verfahren ist gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin vom 9. Mai 2012, OZ 5, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigserklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin vom 9. Mai 2012, OZ 5, das Vergabeverfahren

nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich. Als ausgeschiedene Bieterin ist sie jedenfalls berechtigt, die Ausscheidensentscheidung nachprüfen zu lassen. Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich. Als ausgeschiedene Bieterin ist sie jedenfalls berechtigt, die Ausscheidensentscheidung nachprüfen zu lassen.

Der Nachprüfungsantrag enthält alle gemäß § 322 Abs 1 BVergG geforderten Inhalte. Es liegt kein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß § 322 Abs 2 BVergG vor. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Der Nachprüfungsantrag enthält alle gemäß Paragraph 322, Absatz eins, BVergG geforderten Inhalte. Es liegt kein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG vor. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.3 Inhaltliche Beurteilung des Antrages - Spruchpunkt I3.3 Inhaltliche Beurteilung des Antrages - Spruchpunkt römisch eins.

Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

§ 79. ...Paragraph 79, ...

(6) In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß § 126 Abs. 4 ausgeschieden werden und ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist. (6) In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß Paragraph 126, Absatz 4, ausgeschieden werden und ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist.

Form der Angebote

§ 107. (1) ...Paragraph 107, (1) ...

(2) Angebote sind vollständig sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben.

(3) ...

Vorgehen bei der Prüfung

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

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

1. 1. Ziffer eins

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

entsprochen wurde;

1. 2. Ziffer 2

...

2. 3. Ziffer 3

ob das Angebot rechnerisch richtig ist;

3. 4. Ziffer 4

...

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 126. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden. Paragraph 126, (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder

werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

(2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 nicht verletzen. (2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 nicht verletzen.

(3) Weist ein Angebot solche Mängel auf, dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden kann, so ist es auszuschneiden.

(4) Rechnerisch fehlerhafte Angebote sind, sofern dies in der Ausschreibung festgelegt wurde, dann nicht weiter zu berücksichtigen, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 vH oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im Angebot (Übertragungsfehler), mit denen nicht weitergerechnet wurde, bleiben dabei unberücksichtigt. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers ist, ausgenommen der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anderes festgelegt, unzulässig.

Ausscheiden von Angeboten

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

1. 1. Ziffer eins

...

2. 7. Ziffer 7

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende

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

1. 8. Ziffer 8

...

2. 9. Ziffer 9

rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind;

3. 10. Ziffer 10

...

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bieterinnen ausschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

(3) ...

Das Angebot der Antragstellerin wurde wegen eines Rechenfehlers ausgeschieden. Fest steht, dass die Antragstellerin bei der Berechnung des "Gesamtpreises Option" im Angebotsschreiben lediglich die optionalen Positionen der LG 38 mit einer Summe von Euro 83.075,55 berechnet hat. Die übrigen optionalen Positionen hat sie in dem "Gesamtpreis Grundleistung" mit einem Betrag von Euro 1,237.049,06 summiert. Daraus ergibt sich ein "Gesamtpreis Grundleistung + Option" von Euro 1,320.104,81. Hätte die Antragstellerin alle mit "OPTION" gekennzeichneten Positionen bei der

Berechnung des "Gesamtpreises Option" berücksichtigt, hätte sich eine Summe von Euro 281.699,80 ergeben. Der "Gesamtpreis Grundleistung" hätte dann Euro 1,038.424,81 betragen. Der "Gesamtpreis Grundleistung + Option" wäre gleich geblieben.

Da der "Gesamtpreis Grundleistung" und der "Gesamtpreis Option" bei der Bewertung der Angebote gemäß Position 00B105A in Teil B.5 der Ausschreibungsunterlagen mit unterschiedlicher Gewichtung einfließen, verringert eine Reduktion des "Gesamtpreises Grundleistung" den bewertungsrelevanten Preis und verbessert die Wettbewerbsposition der Antragstellerin, zumal der Preis mit 97 % gewichtet ist. Dadurch hätten sich jedoch bei der Bewertung der Angebote Änderungen ergeben. Wie die Auftraggeberin zutreffend ausführte, wäre das Angebot der Antragstellerin nach den verlesenen Preisen an vierter Stelle zu reihen. Würden die Preise korrigiert, würde sich die Angebotsbewertung derart ändern, dass das Angebot der Antragstellerin an erster Stelle zu reihen wäre.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht angefochten wurde und daher bestandsfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rpsr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065).

Die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (st Rspr zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024).

Die Prüfung der Angebote hat in erster Linie anhand der Festlegungen der Ausschreibung zu erfolgen (zB BVA 30. 5. 2012, N/0040-BVA/10/2012-27; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1358).

In Position 00B506 in Teil B.5 der Ausschreibungsunterlage ist festgelegt, dass auch optionale Positionen anzubieten sind. Diese sind im Positionsstichwort mit "OPTION"

gekennzeichnet. Daher legt die Ausschreibung eindeutig fest, welche Positionen als optionale Positionen zu verstehen sind.

Teil B.5 der Ausschreibungsunterlage, das Leistungsverzeichnis, enthält keine Summe aller optional anzubietenden Positionen. Lediglich die LG 38 ist zur Gänze optional und daher auch im Leistungsverzeichnis als eigene Summe ausgewiesen. Diese Summe hat die Antragstellerin im Angebotsdeckblatt übernommen. Diese Leistungsgruppe findet auch in der allgemeinen Beschreibung des Vorhabens in Punkt 2.1.1 in Teil B.2 und in Punkt 3.38 in Teil B.3 der Ausschreibungsunterlagen besondere Erwähnung. Die LG 38 ist die einzige Leistungsgruppe, die zur Gänze optional anzubieten war. Dies hat wohl seinen Grund darin, dass die es sich um die Instandhaltung handelt, deren Vergabe sich die Auftraggeberin zur Gänze frei gehalten hat und die jedenfalls nach Position 00B495 in Teil B.5 der Ausschreibungsunterlagen mit gesondertem Auftrag abgerufen werden soll. Die übrigen optionalen Positionen finden sich in den Leistungsgruppen 01, 13, 14 und 27, deren Normalpositionen jedenfalls vergeben werden sollen. Insofern besteht kein Widerspruch innerhalb der Ausschreibung, der Anlass zur Anwendung der Zweifelsregel des Punktes 1.1.12 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen gibt, da die Antragstellerin alle Positionen ordnungsgemäß angeboten und ausgepreist hat. Zu verweisen ist auch auf Position 00B105A in Teil B.5 der Ausschreibungsunterlagen, wonach sich der bewertungsrelevante Preis zu einem Teil aus 50 % der "Summe PreisOptionalpositionen" zusammensetzt. Bei gesetzeskonformer Auslegung der Ausschreibungsunterlagen (VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087) kann diese Festlegung nur so verstanden werden, dass es sich dabei um den im Angebotsdeckblatt anzugebenden und bei der Angebotsöffnung zu verlesenden "Gesamtpreis Option" handelt, da im Sinne der Transparenz (VwGH 23. 5. 2007, 2005/04/0214) bei der Angebotsöffnung alle bewertungsrelevanten Angaben des Angebotes zu verlesen sind (VwGH 21. 12. 2004, 2004/04/0100, VwSlg 16.519 A/2004), auch wenn bei bestimmten Angaben der Bieter die Vertraulichkeit zu wahren ist und sie nur bei Ankündigung in der Ausschreibung zu verlesen sind (VwGH 22. 2. 2011, 2007/04/0003). Dafür spricht auch die Festlegung in Position 00B506, dass die Preisermittlung der optionalen Positionen gemäß Position 00B105A erfolgt. In dieser Position finden sich die Zuschlagskriterien und die Bildung der "Summe PreisOptionalpositionen". Auch daraus ergibt sich, dass darin alle mit "OPTION" im Positionsstichwort gekennzeichneten Positionen zu summieren waren.

Dass die verlesenen Preise der "Gesamtpreis Grundleistung + Option" und der "Gesamtpreis Option" auf dem Angebotsdeckblatt waren, ist in der Niederschrift über die Angebotsöffnung nicht gekennzeichnet. Die verlesene Verlängerung der Gewährleistungsfrist ist als solche gekennzeichnet. Grundsätzlich genügt es, diese Preise zu verlesen, weil sich daraus eindeutig der "Gesamtpreis Grundleistung" ergibt. Damit sind alle bewertungsrelevanten Angaben verlesen worden. Für die Bieter war auch klar ersichtlich, welche Preise verlesen wurden. Es ist auch nicht

hervorgekommen, dass bei unterschiedlichen Bietern unterschiedliche Preise verlesen wurden.

Die jeweiligen Summenbildungen im Angebot der Antragstellerin sind rechnerisch richtig. Differenzen bestehen nur darin, welche Positionen in welcher Summe zu berücksichtigen sind. Die Summe der optionalen Positionen war für Zwecke der Angabe im Angebotsdeckblatt gesondert zu errechnen und ergab sich eben nicht durch Übernahme einer der im Leistungsverzeichnis zu bildenden Zwischensummen. Vielmehr ist im Sinne der Einheitlichkeit des Verständnisses der Ausschreibung davon auszugehen, dass entsprechend Position 00B105A optionale Positionen alle mit "OPTION" im Positionsstichwort gekennzeichneten Positionen sind. Diese waren zu summieren.

Die Antragstellerin beruft sich auf die Zweifelsregel des Punktes 1.1.12 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen, wonach die Preise im Angebotshauptteil im Zweifel jenen des Angebotsdeckblattes vorgehen, und gibt an, dass sich aus dem Angebotshauptteil, der auch das Leistungsverzeichnis enthält, die Summe der optionalen Positionen ergibt. Im Leistungsverzeichnis war eben keine wie auch immer bezeichnete Summe der optionalen Positionen zu bilden und konnte auch nicht in Widerspruch zu dem "Gesamtpreis Option" am Angebotsdeckblatt stehen. Die einzige vergleichbare Summe, der Angebotspreis, am Angebotsdeckblatt als "Gesamtpreis Grundleistung + Option" bezeichnet, stimmt überein. Daher bleibt für die Zweifelsregel kein Raum. Zweifellos kann aus dem Leistungsverzeichnis die Summe der optionalen Positionen gebildet werden. Allerdings kann eine so zu bildende Summe nicht im Rahmen der Angebotsöffnung verlesen werden, weil sie einen Rechenaufwand erfordert, der den Rahmen der Angebotsöffnung sprengen würde. Da diese Summe bewertungsrelevant ist, war sie bei der Angebotsöffnung zu verlesen und es konnte sich dabei nur um den "Gesamtpreis Option" am Angebotsdeckblatt handeln. Aus der Zweifelsregel lässt sich daher für die Antragstellerin nichts gewinnen.

Aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 94 Abs 4 BVergG 2002, der wortgleich zu § 126 Abs 4 BVergG ist, ergibt sich, dass es sich bei einem Rechenfehler um eine "mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters" handelt (VwGH 27. 6. 2007, 2005/04/0111, VwSlg 17.227 A/2007). In diesem Erkenntnis sah er das "(irrtümliche) Mitaddieren oder Mitübertragen von (nach dem klaren, sonstigen Inhalt des Angebotes nicht mitzuaddierenden) Eventualpositionen" als Rechenfehler an. Auf die Richtigkeit der rechnerischen Operation kommt es nach § 94 Abs 4 BVergG 2002 und somit nach § 126 Abs 4 BVergG nicht an. Die Möglichkeiten der Korrektur und der Vorreihung richten sich nach den Festlegungen in der Ausschreibung. Aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Paragraph 94, Absatz 4, BVergG 2002, der wortgleich zu Paragraph 126, Absatz 4, BVergG ist, ergibt sich, dass es sich bei einem Rechenfehler um eine "mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters" handelt (VwGH 27. 6. 2007, 2005/04/0111, VwSlg 17.227 A/2007). In diesem Erkenntnis sah er das "(irrtümliche) Mitaddieren oder Mitübertragen von (nach dem klaren, sonstigen Inhalt des Angebotes nicht mitzuaddierenden) Eventualpositionen" als Rechenfehler an. Auf die Richtigkeit der rechnerischen Operation kommt es nach Paragraph 94, Absatz 4, BVergG 2002 und somit nach Paragraph 126, Absatz 4, BVergG nicht an. Die Möglichkeiten der Korrektur und der Vorreihung richten sich nach den Festlegungen in der Ausschreibung.

Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin fälschlicherweise nicht alle im Leistungsverzeichnis mit "OPTION" gekennzeichneten Positionen in den "Gesamtpreis Option" eingerechnet. In dem vom Verwaltungsgerichtshof in dem zitierten Erkenntnis entschiedenen Fall handelte es sich um das ausschreibungswidrige Einrechnen von Eventualpositionen in den Gesamtangebotspreis. Dieser Fall ist insofern dem vorliegenden vergleichbar, als es sich auch um das Einrechnen oder Nicht-Einrechnen von Positionen in zu bildende Summen bei der Erstellung des Angebotes in Widerspruch zu den Festlegungen der Ausschreibung handelt. Es handelt sich daher um einen Rechenfehler, dessen Berichtigung mehr als 2 % des ursprünglichen Gesamtpreises des Angebots ausmacht.

Die Berichtigung des Rechenfehlers ist gemäß § 126 Abs 4 BVergG in Verbindung mit Punkt 1.1.18 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen dann ausgeschlossen, wenn das Ausmaß des Rechenfehlers 2 % des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer ausmacht. Auch eine Vorreihung ist ausgeschlossen. Insofern hat die Auftraggeberin die gemäß § 79 Abs 6 BVergG geforderte Festlegung in der Ausschreibung gemacht. Die Antragstellerin hat somit gegen § 107 Abs 2 BVergG verstoßen. Im Zuge ihrer Pflicht gemäß § 123 Abs 2 Z 3 BVergG, Angebote auch auf rechnerische Richtigkeit zu prüfen, stellt die Auftraggeberin die fehlerhafte Berechnung des "Gesamtpreises Option" fest. Die Berichtigung des Rechenfehlers ist gemäß Paragraph 126, Absatz 4, BVergG in Verbindung mit Punkt 1.1.18 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen dann ausgeschlossen, wenn das Ausmaß des Rechenfehlers 2 % des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer ausmacht. Auch eine Vorreihung ist ausgeschlossen. Insofern hat die Auftraggeberin die gemäß Paragraph 79, Absatz 6, BVergG geforderte Festlegung in der Ausschreibung gemacht.

Die Antragstellerin hat somit gegen Paragraph 107, Absatz 2, BVergG verstoßen. Im Zuge ihrer Pflicht gemäß Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG, Angebote auch auf rechnerische Richtigkeit zu prüfen, stellt die Auftraggeberin die fehlerhafte Berechnung des "Gesamtpreises Option" fest.

Vorliegend übersteigt das Ausmaß des Rechenfehlers 2 %. Das Angebot ist daher entsprechend dem klaren Wortlaut von § 126 Abs 4 BVergG iVm Punkt 1.1.18 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen nicht weiter zu berücksichtigen und gemäß § 129 Abs 1 Z 9 BVergG auszuschneiden. Vorliegend übersteigt das Ausmaß des Rechenfehlers 2 %. Das Angebot ist daher entsprechend dem klaren Wortlaut von Paragraph 126, Absatz 4, BVergG in Verbindung mit Punkt 1.1.18 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen nicht weiter zu berücksichtigen und gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG auszuschneiden.

Wollte man den Mangel als Mangel iSd § 129 Abs 1 Z 7 BVergG ansehen, wofür das zitierte Erkenntnis des VwGH zu sprechen scheint (VwGH 27. 6. 2007, 2005/04/0111, VwSlg 17.227 A/2007), sind vorerst die Möglichkeiten der Verbesserung von Mängeln zu erörtern. Wollte man den Mangel als Mangel iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ansehen, wofür das zitierte Erkenntnis des VwGH zu sprechen scheint (VwGH 27. 6. 2007, 2005/04/0111, VwSlg 17.227 A/2007), sind vorerst die Möglichkeiten der Verbesserung von Mängeln zu erörtern.

Stellt der Auftraggeber Mängel fest, hat er die Frage der Verbesserbarkeit zu beurteilen. Bei der Beurteilung der Behebbarkeit eines Mangels sind die Grundsätze eines freien und lauterer Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung aller Bieter zu berücksichtigen. Zudem liegt es nach ständiger Rechtsprechung des VwGH und des BVA nicht im Belieben des Auftraggebers, Mängel als unbehebbar oder behebbar zu deklarieren (Fink/Hofer in Heid/ Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1426). Es ist vielmehr ein objektiver Beurteilungsmaßstab anzulegen. Verbesserbar sind nach Aicher (Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes, in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechtes [1985] 111) nur jene Mängel, "die nicht nach Angebotsöffnung zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen". Kropik betrachtet die Behebung eines Mangels nur dann als zulässig, wenn ein zivilrechtliches Angebot vorliegt, sowie durch die Mängelbehebung weder Wert noch Preis der angebotenen Leistung modifiziert und die zur Leistungserbringung aufzuwendenden Kosten nur in einem unwesentlichen Ausmaß geändert werden. Die zwingenden Ausschlussbestimmungen sind einzuhalten, der ursprüngliche Angebotswille darf nicht verloren gehen, die Vergabegrundsätze dürfen nicht verletzt werden und die Mängelbehebung muss eindeutig, transparent und nachvollziehbar sein (Kropik, Mängel im Angebot [2001] 66). Schramm geht nur dann von einem behebbaren Mangel aus, wenn zwar eine Wert- oder Preisänderung eintritt, es jedoch zu keiner Veränderung der Wettbewerbsstellung kommt (Schramm, Zum Ausscheiden von Angeboten, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP [2004] 45). Der VwGH schloss sich der "Aicher-Formel" an (VwGH 26. 2. 2003, 2001/04/0037, VwSlg 16.031 A/2003). Er hat ausgesprochen, dass "bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln darauf abzustellen [ist], ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde" (so auch VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087). Eine andere Sicht könnte nur dann geboten sein, "wenn durch eine Mängelbehebung eine 'wenn auch nur mittelbare' materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten", oder ein derartiger formaler Mangel vorliegt, "dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden könne" (VwGH 25. 2. 2004, 2003/04/0186). Für die Unterscheidung zwischen behebbarem und unbehebbar Mangel kommt es nicht darauf an, ob die Behebung eines Mangels einen Bietersturz zur Folge hätte. Vielmehr kann ein Mangel auch dann als unbehebbar gelten, wenn die Mängelbehebung nicht zu einem Bietersturz führen würde (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz² [2009] § 129 Rz 84). "Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen (vgl. dazu VwGH 2003/04/0186 und EuGH Rs C-87/94, Rz 56)." (RV 1171 BlgNR 22 GP 85) Ein nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes behebbarer Mangel stellt daher im Sinne der Rechtsprechung des EuGH keine (materielle) nachträgliche Änderung des Angebotes dar, vielmehr bleibt dieses materiell (seinem Inhalt nach) unverändert (VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087). Stellt der Auftraggeber Mängel fest, hat er die Frage der Verbesserbarkeit zu beurteilen. Bei der Beurteilung der Behebbarkeit eines Mangels sind die Grundsätze eines freien und lauterer Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung aller Bieter zu berücksichtigen. Zudem liegt es nach ständiger Rechtsprechung des VwGH und des BVA nicht im Belieben des Auftraggebers, Mängel

als unbehebbar oder behebbar zu deklarieren (Fink/Hofer in Heid/ Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1426). Es ist vielmehr ein objektiver Beurteilungsmaßstab anzulegen. Verbesserbar sind nach Aicher (Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes, in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechtes [1985] 111) nur jene Mängel, "die nicht nach Angebotsöffnung zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen". Kropik betrachtet die Behebung eines Mangels nur dann als zulässig, wenn ein zivilrechtliches Angebot vorliegt, sowie durch die Mängelbehebung weder Wert noch Preis der angebotenen Leistung modifiziert und die zur Leistungserbringung aufzuwendenden Kosten nur in einem unwesentlichen Ausmaß geändert werden. Die zwingenden Ausschlussbestimmungen sind einzuhalten, der ursprüngliche Angebotswille darf nicht verloren gehen, die Vergabegrundsätze dürfen nicht verletzt werden und die Mängelbehebung muss eindeutig, transparent und nachvollziehbar sein (Kropik, Mängel im Angebot [2001] 66). Schramm geht nur dann von einem behebbaren Mangel aus, wenn zwar eine Wert- oder Preisänderung eintritt, es jedoch zu keiner Veränderung der Wettbewerbsstellung kommt (Schramm, Zum Ausscheiden von Angeboten, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP [2004] 45). Der VwGH schloss sich der "Aicher-Formel" an (VwGH 26. 2. 2003, 2001/04/0037, VwSlg 16.031 A/2003). Er hat ausgesprochen, dass "bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaaren Mängeln darauf abzustellen [ist], ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde" (so auch VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087). Eine andere Sicht könnte nur dann geboten sein, "wenn durch eine Mängelbehebung eine 'wenn auch nur mittelbare' materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten", oder ein derartiger formaler Mangel vorliegt, "dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden könne" (VwGH 25. 2. 2004, 2003/04/0186). Für die Unterscheidung zwischen behebbarem und unbehebbaarem Mangel kommt es nicht darauf an, ob die Behebung eines Mangels einen Bietersturz zur Folge hätte. Vielmehr kann ein Mangel auch dann als unbehebbar gelten, wenn die Mängelbehebung nicht zu einem Bietersturz führen würde (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz² [2009] Paragraph 129, Rz 84). "Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen vergleiche dazu VwGH 2003/04/0186 und EuGH Rs C-87/94, Rz 56)." Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 85) Ein nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes behebbarer Mangel stellt daher im Sinne der Rechtsprechung des EuGH keine (materielle) nachträgliche Änderung des Angebotes dar, vielmehr bleibt dieses materiell (seinem Inhalt nach) unverändert (VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087).

Fest steht, dass die Behebung des Mangels zwar nicht zu einer Veränderung des "Gesamtpreises Grundleistung + Option" von Euro 1,320.104,81 ohne USt führen würde, aber den "Gesamtpreis Grundleistung" von Euro 1,237.049,06 ohne USt auf Euro 1,038.424,81 ohne USt verringern und den "Gesamtpreis Option" von Euro 83.075,55 ohne USt auf Euro 281.699,80 ohne USt erhöhen würde.

Fest steht auch, dass sich gemäß Position 00B105A der bewertungsrelevante Preis aus der "Summe Preis Normalpositionen" und 50 % der "Summe PreisOptionalPositionen" zusammensetzt. Diese Begrifflichkeiten entsprechen nicht den Begrifflichkeiten des Angebotsdeckblattes. Dennoch gilt die ÖNORM B2063. Position 00B502 verdeutlicht die Kennzeichnung von Eventual- und Wahlpositionen gemäß ÖNORM im Feld "P". Daraus ergibt sich, dass bei Freibleiben dieses Feldes eine Position ÖNORM-konform als Normalposition anzusehen ist. Da die Ausschreibung weder Eventual- noch Wahlpositionen enthält, sind vorerst alle Positionen als Normalpositionen anzusehen. Abweichend davon definiert Position 00B506 die Kennzeichnung optionaler Positionen. Damit kann eindeutig zwischen Normalpositionen und optionalen Positionen unterschieden werden. Zuzugestehen ist, dass die Wahl der Bezeichnungen wegen der Unterschiede zwischen Zuschlagskriterien und Angebotsdeckblatt durch die Auftraggeberin unglücklich ist. Allerdings ergibt sich aus der Kennzeichnung der Positionen im Leistungsverzeichnis in Verbindung mit den obigen Ausführungen zum Angebotsdeckblatt, dass es sich sowohl bei der "Gesamtsumme Grundleistung" und der "Summe Preis Normalpositionen" als auch bei der "Gesamtsumme Option" und der "Summe PreisOptionalPositionen" jeweils um dieselben einzurechnenden Positionen und damit um die gleichen Summen handelt. Damit ist auch die Gewichtung der Preise - nicht zuletzt auch aufgrund des ausdrücklichen Verweises in Position 00B506 - in Position 00B105A, der Angebotsbewertung, für die Preise am Angebotsdeckblatt ausschlaggebend. Aufgrund der obigen Summenbildungen ist klar ersichtlich, dass sich bei Einrechnung aller

optionalen Positionen in den "Gesamtpreis Option" der bewertungsrelevante Preis iSd Position 00B105A von Euro 1,361.642,59 auf Euro 1,179.274,71 verringert. Damit kommt es jedoch zu einer Veränderung der Reihung der Angebote. Die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin würde sich durch die Vorreihung vom vierten auf den ersten Platz drastisch verbessern. Daher handelt es sich bei der Nichteinrechnung aller optionalen Positionen in den "Gesamtpreis Option" um einen nicht verbesserbaren Mangel iSd § 129 Abs 1 Z 7 BVergG. Fest steht auch, dass sich gemäß Position 00B105A der bewertungsrelevante Preis aus der "Summe Preis Normalpositionen" und 50 % der "Summe PreisOptionalPositionen" zusammensetzt. Diese Begrifflichkeiten entsprechen nicht den Begrifflichkeiten des Angebotsdeckblattes. Dennoch gilt die ÖNORM B2063. Position 00B502 verdeutlicht die Kennzeichnung von Eventual- und Wahlpositionen gemäß ÖNORM im Feld "P". Daraus ergibt sich, dass bei Freibleiben dieses Feldes eine Position ÖNORM-konform als Normalposition anzusehen ist. Da die Ausschreibung weder Eventual- noch Wahlpositionen enthält, sind vorerst alle Positionen als Normalpositionen anzusehen. Abweichend davon definiert Position 00B506 die Kennzeichnung optionaler Positionen. Damit kann eindeutig zwischen Normalpositionen und optionalen Positionen unterschieden werden. Zugustehen ist, dass die Wahl der Bezeichnungen wegen der Unterschiede zwischen Zuschlagskriterien und Angebotsdeckblatt durch die Auftraggeberin unglücklich ist. Allerdings ergibt sich aus der Kennzeichnung der Positionen im Leistungsverzeichnis in Verbindung mit den obigen Ausführungen zum Angebotsdeckblatt, dass es sich sowohl bei der "Gesamtsumme Grundleistung" und der "Summe Preis Normalpositionen" als auch bei der "Gesamtsumme Option" und der "Summe PreisOptionalPositionen" jeweils um dieselben einzurechnenden Positionen und damit um die gleichen Summen handelt. Damit ist auch die Gewichtung der Preise - nicht zuletzt auch aufgrund des ausdrücklichen Verweises in Position 00B506 - in Position 00B105A, der Angebotsbewertung, für die Preise am Angebotsdeckblatt ausschlaggebend. Aufgrund der obigen Summenbildungen ist klar ersichtlich, dass sich bei Einrechnung aller optionalen Positionen in den "Gesamtpreis Option" der bewertungsrelevante Preis iSd Position 00B105A von Euro 1,361.642,59 auf Euro 1,179.274,71 verringert. Damit kommt es jedoch zu einer Veränderung der Reihung der Angebote. Die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin würde sich durch die Vorreihung vom vierten auf den ersten Platz drastisch verbessern. Daher handelt es sich bei der Nichteinrechnung aller optionalen Positionen in den "Gesamtpreis Option" um einen nicht verbesserbaren Mangel iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG.

Schließlich ist anzumerken, dass aufgrund der Reihung der Vertragsbestandteile in Punkt 5.1.3 in Teil B.4 der Ausschreibungsunterlagen bei Widersprüchen der Schlussbrief vor dem Angebotsdeckblatt vor dem Leistungsverzeichnis Vorrang hat. Es handelt sich gegenständlich um ein offenes Verfahren, sodass grundsätzlich der Vertrag durch Annahme des unveränderten Angebotes abgeschlossen wird. Diese Annahme erfolgt durch den Schlussbrief. Auch wenn grundsätzlich die im vorliegenden Fall unzulässige Berichtigung von Rechenfehlern möglich wäre, ergäben sich die Preise somit vorrangig aus dem Angebotsdeckblatt, sodass eine fixe Beauftragung mit einem Angebotspreis erfolgen würde, der alle optionalen Positionen außerhalb der Leistungsgruppe 38 enthält.

Obwohl die Möglichkeit zur Verbesserung nicht hätte erörtert werden müssen, da sich diese lediglich auf mangelhafte Angebote iSd § 129 Abs 1 Z 7 BVergG bezieht und § 129 Abs 1 Z 9 BVergG eine lex specialis dazu darstellt, zeigt die obige Auseinandersetzung mit den Kriterien für die Verbesserbarkeit von Mängeln, dass es sich um einen nicht verbesserbaren Mangel handelt. Ein Ausscheiden gemäß § 129 Abs 2 BVergG kommt jedoch nicht in Frage, da die Antragstellerin fristgerecht die verlangten Auskünfte erteilt und Begründungen geliefert hat. Unterschiedliche Rechtsauffassungen über die Wertung der übermittelten Informationen der reichen dazu nicht aus. Obwohl die Möglichkeit zur Verbesserung nicht hätte erörtert werden müssen, da sich diese lediglich auf mangelhafte Angebote iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG bezieht und Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG eine lex specialis dazu darstellt, zeigt die obige Auseinandersetzung mit den Kriterien für die Verbesserbarkeit von Mängeln, dass es sich um einen nicht verbesserbaren Mangel handelt. Ein Ausscheiden gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG kommt jedoch nicht in Frage, da die Antragstellerin fristgerecht die verlangten Auskünfte erteilt und Begründungen geliefert hat. Unterschiedliche Rechtsauffassungen über die Wertung der übermittelten Informationen der reichen dazu nicht aus.

3.4 Ersatz der Pauschalgebühr

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt wies den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht obsiegt. Der Ersatz der Pauschalgebühr findet daher gemäß § 319 BVergG nicht

statt. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt wies den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht obsiegt. Der Ersatz der Pauschalgebühr findet daher gemäß Paragraph 319, BVergG nicht statt.

Schlagworte

Option; Rechenfehler; Behebbarkeit von Mängeln; Verbesserung der Wettbewerbsstellung; Vorreihung;

Zuletzt aktualisiert am

23.07.2012

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