

TE Verg Bescheid 2012/3/29 N/0024-BVA/02/2012-23

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.03.2012

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §101 Abs4

BVergG 2006 §106 Abs8

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1 Z2

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §324 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs1

ABGB §914ff

ABGB §915

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 101 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. ABGB § 915 heute
2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, sowie Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, in der Fassung BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe " A10 Tauernautobahn, Objekt L40 Altersbergbrücke, AB-Km 135,5 / Bauleistung Vollerneuerung des Korrosionsschutzes" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 24. Februar 2012 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 25. Februar 2012), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, sowie Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe " A10 Tauernautobahn, Objekt L40 Altersbergbrücke, AB-Km 135,5 / Bauleistung Vollerneuerung des Korrosionsschutzes" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 24. Februar 2012 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 25. Februar 2012), wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Ausscheidensentscheidung für nichtig erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

III.römisch drei.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zuhänden ihrer Rechtsvertreterin zu ersetzen", wird abgewiesen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachungen zum gegenständlichen Vergabeverfahren erfolgten national am 28.11.2011 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-499016-1b25 und Europaweit im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 30.11.2011, 2011/S 230-372958. Es handelt sich um einen Bauauftrag der im Rahmen eines offenen Verfahrens dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden soll.

Zu den Bestandteilen der Ausschreibung im gegenständlichen Vergabeverfahren zählen laut Angebotsdeckblatt wie folgt:

"

Die Ausschreibung besteht Davon zwingend mit dem Angebot

aus: abzugebende Unterlagen

- (Ausscheidenssanktion!):

Angebotsdeckblatt und - Angebotsdeckblatt

Formblätter - ausgepreistes

B1 Allg. Leistungsverzeichnis

Ausschreibungsbestimmungen - K3-Blätter und K7-Blätter für

... wesentliche Positionen

B.5 Leistungsverzeichnis ...

Inkl. LB-B-003

...

Anhang 1 bis Anhang 8

..."

"

Zur Angebotsabgabe sieht das Angebotsdeckblatt vor:

"elektronisch: www.ava-online.at"

In B.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen ist festgelegt wie folgt:

"1.1.8 Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen

Sollten sich bei der Prüfung der Ausschreibungsunterlagen Differenzen, Widersprüche oder sonstige Unklarheiten ergeben, ist der Bieter verpflichtet, den AG darüber schriftlich in Kenntnis zu setzen, indem er um Klarstellung und, falls notwendig, um entsprechende Korrekturen ersucht.

...

1.1.12 Form und Einreichung der Angebote

Der Bieter ist - bei sonstigem Ausscheiden - verpflichtet, die im Angebotsdeckblatt unter `zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidenssanktion)` angeführten Teile mit dem Angebot abzugeben.

Sonstige in den Ausschreibungsunterlagen verlangte Unterlagen sind - sofern ein behebbarer Mangel vorliegt - über Aufforderung binnen der im Aufforderungsschreiben genannten Frist bei der vergebenden Stelle nachzureichen.

Dem Angebotsdeckblatt sind sämtliche Formblätter angeschlossen. Klarstellend wird festgehalten, dass sich die oa. Verpflichtung zur zwingenden Abgabe von Unterlagen nur auf jene Formblätter des Angebotsdeckblattes bezieht, welche dort (auf dem Angebotsdeckblatt unter "zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen "Ausscheidenssanktion") ausdrücklich angeführt sind. Alle übrigen Formblätter sind nachforderbare Unterlagen gemäß Teil B.6 der Ausschreibung.

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

...

Im Angebotsdeckblatt wird unter "Angebotsabgabe und Ort der Angebotsöffnung" festgelegt, ob die Angebote in elektronischer oder schriftlicher Form (Papier) einzureichen sind. Auf Basis dieser Festlegung sind die zugehörigen Kapitel weiter unten zu beachten.

1.1.12.1 Einreichen der Angebote: elektronisch

Wurde im Angebotsdeckblatt festgelegt, dass die Angebotsabgabe in elektronischer Form zu erfolgen hat, so gilt:

Das Einreichen der Angebote hat ausschließlich elektronisch auf der Vergabeplattform @-AVA-Online zu erfolgen. Sie erreichen die Plattform direkt über `https://www.ava-online.at` und ihrem `Login`

Bei der elektronischen Einreichung der Angebote sind folgende Bestimmungen einzuhalten:

Das Angebot ist unter Verwendung der vom AG auf der Vergabeplattform @-AVAOnline(r) beigestellten Unterlagen zu erstellen. Die Bestimmungen der §§ 114 und 115 BVergG sind vom Bieter zu beachten. Das Angebot ist unter Verwendung der vom AG auf der Vergabeplattform @-AVAOnline(r) beigestellten Unterlagen zu erstellen. Die Bestimmungen der Paragraphen 114 und 115 BVergG sind vom Bieter zu beachten.

Um im Zuge der Angebotsöffnung ein rasches Auffinden der zwingend abzugebenden Unterlagen zu ermöglichen, wird ersucht, bei der Bezeichnung der Angebotsbestandteile die Begriffe gem. Angebotsdeckblatt (`zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen`) zu verwenden.

...

1.1.14 Angebotsöffnung

...

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.

...

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."

Die vom Bieter zu unterfertigende Bietererklärung lautet, soweit gegenständlich relevant, wie folgt:

"6.1 Allgemeine Erklärung

Der Bieter erklärt,

...

- -Strichaufzählung

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.

- -Strichaufzählung

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.

...

- -Strichaufzählung

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

...

6.2 Integritätsklausel

...

Mit Unterfertigung des Angebots (Angebotsdeckblatt oder elektronische Signatur) nimmt der Bieter auch den Teil B.6 inkl. der darin enthaltenen Erklärungen vorbehaltlos zur Kenntnis und erklärt, sein Angebot auf dieser Basis erstellt zu haben.

6.3 Auf Anforderung nachzureichende Unterlagen

Die folgenden Unterlagen sind als integrierender Bestandteil des Angebotes soweit sie nicht bereits mit dem Angebot als dessen Bestandteil mit abgegeben wurden, binnen der im Aufforderungsschreiben angeführten Frist nachzureichen.

...

6.3.13. Kalkulationsformblätter K7 für im Angebotsdeckblatt

- nicht geforderte Positionen

...

6.4 Wesentliche Positionen

Für die im Leistungsverzeichnis als wesentlich gekennzeichneten Positionen sind soweit im Angebotsdeckblatt verlangt, die K7- Blätter sowohl für den Auftraggeber-Entwurf als auch, falls angeboten, für allfällige Alternativentwürfe, mit dem Angebot abzugeben.

Soweit bei Alternativentwürfen dies nicht möglich ist, sind für alle Positionen, welche mehr als 3% der Auftragssumme ausmachen, K7 Blätter zwingend abzugeben."

In B.5, projektspezifisches Leistungsverzeichnis "LV\JF-11-964- L40-KOSCHU\2011-11-23_LV-VERÖFFENTLICHUNG L 40 - Hangbrücke Altersberg Vollerneuerung Korrosionsschutz 2012/2013" ist festgelegt wie folgt:

"00B1 Ausschreibungsbestimmungen

00B101 Ausschreibungsbestimmungen -siehe B.1

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

...

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=`È` und für Wahl-Positionen mit P=`W` und V=`x`.

Beispiel:

`W1`

...

Jedwede Ergänzungen, Anmerkungen oder Einschränkungen in den Vorbemerkungen zu den Hauptgruppen, Obergruppen, Leistungsgruppen oder im Positionstext werden nicht anerkannt.

...

090231B Z Kompl.-Ko.Schutz Bestand Typ1 M2 W

Komplettkorrosionsschutz Bestand gemäß Anhang- 1_Leistungskatalog_KO-Arb_L40_2011, System Typ 1 herstellen. Die Ausführungsbedingungen sind im Anhang-1_Leistungskatalog_KO-Arb_L40_2011 detailliert beschrieben.

...

Bauteil: Korrosionsschutzplan Typ 1: Stahltragwerk -

luftberührte Oberflächen-abschnitte.

-..... 53.500,00 m2

...

090232B Z mechanische Schutzbesch. Bestand Typ2 M W

Grundierung und Mechanische Schutzbeschichtung gemäß Anhang-

1_Leistungskatalog_KO-Arb_L40_2011, System Typ 2 herstellen.

Die Ausführungsbedingungen sind im Anhang-1_Leistungskatalog_KO-Arb_L40_2011 detailliert beschrieben.

....

-..... 6.800,00 m

...

090233C Z mechanische Schutzbesch. Bestand Typ3 Pa W

Mechanische Schutzbeschichtung gemäß Anhang-

1_Leistungskatalog_KO-Arb_L40_2011, System Typ 3 herstellen.

Die Ausführungsbedingungen sind im Anhang-1_Leistungskatalog_KO-Arb_L40_2011 detailliert beschrieben.

...

Bauteil: Korrosionsschutzplan Typ 3: Stahltragwerk, alle

Bauteile, jeweils ein 2 m breiter Abschnitt an den beiden

Widerlagern.

..... 2 PA

.

090234C Z mechanische Schutzbesch. Bestand Typ 4 Stk W

Grundierung und mechanische Schutzbeschichtung gemäß Anhang-

1_Leistungskatalog_KO-Arb L40_2011, System Typ 4 herstellen.

Die Ausführungsbedingungen sind im Anhang-1_Leistungskatalog_KO-Arb_L40_2011 detailliert beschrieben.

...

..... 48 Stk

...

090235C Z pari Ergänzung Feuerverzinkung. Bestand Typ 5 St W

Oberflächenvorbereitung und Aufbringen der vorgeschriebenen

Schutzbeschichtung gemäß Anhang-1_Leistungskatalog_KO-

Arb_L40_2011, System Typ 5.

Die Ausführungsbedingungen sind im Anhang-1_Leistungskatalog_KO-

Arb_L40_2011 detailliert beschrieben.

...

Bauteil: Korrosionsschutzplan Typ 5: Montageschweißnähte an div.

verzinkten Bauteilen (Konsolen Entwässerungsleitung udgl.).

-..... 530 Stk

...

090236C Z Kompl. KO.Schutz. Bestand Typ 6 Pa W

Komplettkorrosionsschutz Bestand gemäß Anhang-

1_Leistungskatalog_KO-Arb_L40_2011, System Typ 6 herstellen.

Die Ausführungsbedingungen sind im Anhang-1_Leistungskatalog_KO-

Arb_L40_2011 detailliert beschrieben.

....

Bauteil: Korrosionsschutzplan Typ 6: mobiler Inspektionswagen.

-..... 1 PA

...

096510A Z Arbeitsgerüst Ko-Schutz W

Bauteil:Arbeitsgerüst zur Bearbeitung der gesamten

Tragwerksoberfläche.

-..... 1 PA

...

096511A Z Einhausung Ko-Schutz staub- wasserdicht W

Bauteil:Einhausung zur Bearbeitung der gesamten

Tragwerksoberfläche.

-..... 1 PA

...

132275A Z Kanten abrunden M1 W

Konstruktionsteil div. Kanten der Neubauteile bzw. der

Abschalbleche, verteilt über das gesamte Tragwerk

Die Festlegung über die Erfordernis der Bearbeitung erfolgt

durch den AN.

-..... 8.000,00 m"

Dem Angebotsschreiben der Antragstellerin vom 24.1.2012 ist wie folgt zu entnehmen:

"Unser Angebot Nr. 12/0029

BVH L40 Altersbergbrücke

...

In der Beilage senden wir Ihnen das LV zu o. a. Bauvorhaben

sowie die Aufstellung der bauseitigen Leistungen mit den

eingetragenen Preisen als Angebot.

....

Beilagen: Angebotsdeckblatt und Formblätter, 6 Seiten

Leistungsverzeichnis kurz, 12 Seiten

K3-Blätter A***, 2 Seiten

K3-Blätter B***, 3 Seiten

K7-Blätter, 3 Seiten"

Folgende drei K7-Kalkulationsblätter sind Teil des Angebotes der Antragstellerin vom 24.1.2012:

1. 1.Ziffer eins

"

Auftrag L40 Altersbergbrücke Menge Aufschlag Datum

- Vollern. Ko-Schutz 53500 m2 Zukauf

LV 01090231B Kompl.- 3% 24.01.2011

Position Ko.Schutz

- Bestand

- Typ1 M2

"

2.

"

Auftrag L40 Altersbergbrücke Menge Aufschlag Datum

- Vollern. Ko-Schutz 1 PA Zukauf

LV 01096510A Arbeitsgerüst 3% 24.01.2011

Position Ko.Schutz

"

3.

"

Auftrag L40 Altersbergbrücke Menge Aufschlag Datum

- Vollern. Ko-Schutz 53500 m2 Zukauf

LV 01096511A Einhausung 3% 24.01.2011

Position Ko.Schutz

- staub-

- wasserdicht

Mit e-mail über die Vergabeplattform @-AVA-Online vom 27.1.2012 forderte der Auftraggeber die Antragstellerin auf, diverse Unterlagen nachzureichen wie folgt:

"Sehr geehrte Damen und Herren,

...

Nachfolgende Unterlagen werden eingefordert:

- -Strichaufzählung
Kalkulationsblätter K7 für alle restlichen Positionen
- -Strichaufzählung
Detailangaben über die Produktbezeichnungen gemäß Korrosionsschutzplan
- -Strichaufzählung
Nachweise gemäß §§ 70ff BVergG über die berufliche, finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit des Subunternehmers `Gerüstbau`"Nachweise gemäß Paragraphen 70 f, f, BVergG über die berufliche, finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit des Subunternehmers `Gerüstbau`"

Am 1.2.2012 übermittelte die Antragstellerin ua K7- Kalkulationsblätter für alle Positionen laut Leistungsverzeichnis.

Mit Mitteilungen über die Vergabeplattform @-AVA-Online vom 15.2.2012 informierte der Auftraggeber sowohl über seine Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, als auch über die von ihm getroffene Zuschlagsentscheidung zugunsten der C***. Die Ausscheidensentscheidung begründete der Auftraggeber wie folgt:

"

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

BVergG 2006

Wir nehmen Bezug auf das oben angeführte Vergabeverfahren und bedanken uns zunächst für Ihre Angebotslegung. Wir bedauern, Ihnen mitteilen zu müssen, dass vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Ihr Angebot gemäß § 129 BVergG 2006 auszuscheiden war. Wir nehmen Bezug auf das oben angeführte Vergabeverfahren und bedanken uns zunächst für Ihre Angebotslegung. Wir bedauern, Ihnen mitteilen zu müssen, dass vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Ihr Angebot gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 auszuscheiden war.

Nach erfolgter Prüfung war Ihr Angebot aus folgendem Grund auszuscheiden:

Sachverhalt: Fehlende Angebotsunterlagen

Entsprechend unseren Ausschreibungsunterlagen waren gemäß Angebotsdeckblatt die K-7 Blätter für die wesentlichen Positionen zwingend mit dem Angebot abzugeben (Ausscheidenssanktion).

Punkt 1.1.12. Teil B 1 der bestandsfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen lautet:

Der Bieter ist - bei sonstigem Ausscheiden - verpflichtet, die im Angebotsdeckblatt unter `zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidenssanktion)` angeführten Teile mit dem Angebot abzugeben.

Im Zuge der Angebotsprüfung stellten wir fest, dass von den im LV gekennzeichneten 9 Positionen nur 3 abgegeben wurden.

Rechtlich folgt daraus:

Aufgrund der Tatsache, dass die K-7 Blätter für die wesentlichen Positionen nach der Ausschreibung zwingend bereits mit dem Angebot abzugeben gewesen wären und Sie dies unterlassen haben, ist Ihr Angebot unvollständig. Es ist daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuscheiden."Aufgrund der Tatsache, dass die K-7 Blätter für die wesentlichen Positionen nach der Ausschreibung zwingend bereits mit dem Angebot abzugeben gewesen wären und Sie dies unterlassen haben, ist Ihr Angebot unvollständig. Es ist daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden."

Gegen diese Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung richtet sich der vorliegende, in den Spruchpunkten I. und II. wiedergegebene Nachprüfungsantrag. Dem ebenfalls am 24.2.2012 gestellten und am 25.2.2012 beim Bundesvergabeamt eingelangten Antrag auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des

Bundesvergabebeamtes vom 6.3.2012, N/0024-BVA/02/2012-EV8 stattgegeben. Dem Auftraggeber wurde für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen. Gegen diese Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung richtet sich der vorliegende, in den Spruchpunkten römisch eins. und römisch zwei. wiedergegebene Nachprüfungsantrag. Dem ebenfalls am 24.2.2012 gestellten und am 25.2.2012 beim Bundesvergabebeamten eingelangten Antrag auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 6.3.2012, N/0024-BVA/02/2012-EV8 stattgegeben. Dem Auftraggeber wurde für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Begründend führt die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 24.2.2012 und 2.3.2012 insbesondere aus wie folgt:

Rechtswidrige Ausscheidensentscheidung wegen Verstoßes gegen die Ausschreibungsunterlagen

Das Angebot der Antragstellerin entspreche den Ausschreibungsbedingungen. Wie in Punkt 1.1.12 des Teils B.1 der Ausschreibungsunterlagen festgelegt, habe das Angebot der Antragstellerin bei der Angebotsöffnung K7-Blätter betreffend die Positionen 01090231B, 01096510A und 01096511A beinhaltet. Dass von der Antragstellerin mit dem Angebot alle zwingend abzugebenden K3- und K7-Blätter für wesentliche Positionen abgegeben worden seien, habe der Auftraggeber im Angebotsöffnungsprotokoll ausdrücklich bestätigt. Dies beweise, dass der Auftraggeber die von ihm erstellten Ausschreibungsunterlagen selbst so interpretiere bzw. verstanden haben wolle, dass (entgegen der Begründung in der Ausscheidensentscheidung) nicht alle mit "w" gekennzeichneten Positionen des Leistungsverzeichnisses mittels K3- und K7- Blättern offen zu legen seien, sondern nur diejenigen, die für die Gesamtleistung von Bedeutung seien.

Dieses Verständnis entspreche nicht nur dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung, sondern zeige sich in der vormaligen, vergleichbaren Ausschreibung "Sanierungsmaßnahme L43 Stahlbau" (Verfahrens-ID 7695, Angebotsfrist 4.4.2011, 11.00 Uhr). Die Regelung im Angebotsdeckblatt habe ebenso vorgesehen, dass zu den "zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen" - bei gleichzeitiger Ausscheidenssanktion - die "K7 Blätter der wesentlichen Positionen" gehörten. Im Leistungsverzeichnis seien fünf, mit "w" gekennzeichnete Positionen (02.0101A Einrichten der Baustelle, 02.0201A zeitgebundene Kosten Bauzeit, 02.1001M Z Gerüst - Stahlbau, 08.0195A Z Dreieckssteifen bei Pfeilerkonsolen, 08.0198A Z Auflagersteife einschweißen) enthalten gewesen. Damals habe die nunmehrige Antragstellerin, wie im gegenständlichen Fall, nur für die drei, mit "w" gekennzeichneten Positionen, die für die Gesamtleistung von Bedeutung gewesen seien, K7- Blätter mit dem Angebot eingereicht (nämlich 08.0195A Z Dreieckssteifen bei Pfeilerkonsolen über EUR 11.547,00, 08.0198A Z Auflagersteife einschweißen über EUR 149.881,00 und 02.1001M Z Gerüst - Stahlbau über EUR 51.660,50). Nachdem die K7-Blätter für sämtliche Positionen nachgereicht worden seien, habe der Auftraggeber die nunmehrige Antragstellerin damals mit den Sanierungsmaßnahmen betraut.

Gemäß § 79 Abs 4 BVergG 2006 könne ein Auftraggeber in der Ausschreibung die als wesentlich geltenden Positionen kennzeichnen. Diese seien dann für die vertiefte Angebotsprüfung betreffend die Nachvollziehbarkeit der angebotenen Preise heranzuziehen. Die vertiefte Angebotsprüfung sei eine Plausibilitätsprüfung wesentlicher Positionen zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Kalkulation. Wesentliche Positionen seien also solche, die der Auftraggeber als wesentlich kennzeichne und die entweder für die Gesamtleistung von Bedeutung seien oder bei Massenänderungen eine Verschiebung der Bieterreihung bewirken könnten (vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Die Durchführung einer (Bau-) Ausschreibung gem. BVergG 2006 in der novellierten Fassung von 2010, Seite 86). Nach dieser Definition seien im gegenständlichen Fall lediglich drei LV-Positionen für die Gesamtleistung von Bedeutung, nämlich LV-Pos. 01 09 02 31B (Kompl.-Ko.Schutz Bestand Typ 1 im Ausmaß von 53.500 m² , Positionspreis EUR XXXXX), LV-Pos. 01 09 65 10A (Arbeitsgerüst Ko-Schutz im Ausmaß von 1,00 PA, Positionspreis EUR XXXXX) und LV-Pos. 01 09 65 11A (Einhausung Ko-Schutz staubwasserdicht im Ausmaß von 1,00 PA, Positionspreis EUR XXXXX). Es sei unverständlich, weshalb etwa die mit "w" gekennzeichnete LV-Position 01 09 02 34C (mechanische Schutzbesch. Bestand Typ 4 über EUR XXXXX) für die Gesamtleistung von Bedeutung sein könne, bei einer Massenänderung eine Verschiebung der Bieterreihung bewirken oder einen Manipulationsversuch darstellen könne. Gemäß Paragraph 79, Absatz 4, BVergG 2006 könne ein Auftraggeber in der Ausschreibung die als wesentlich geltenden Positionen kennzeichnen. Diese seien dann für die vertiefte Angebotsprüfung betreffend die Nachvollziehbarkeit der angebotenen Preise heranzuziehen. Die vertiefte Angebotsprüfung sei eine Plausibilitätsprüfung wesentlicher Positionen zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Kalkulation. Wesentliche Positionen seien also solche, die der Auftraggeber als wesentlich kennzeichne und die entweder für die Gesamtleistung von Bedeutung seien oder bei

Massenänderungen eine Verschiebung der Bieterreihung bewirken könnten vergleiche Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Die Durchführung einer (Bau-) Ausschreibung gem. BVergG 2006 in der novellierten Fassung von 2010, Seite 86). Nach dieser Definition seien im gegenständlichen Fall lediglich drei LV-Positionen für die Gesamtleistung von Bedeutung, nämlich LV-Pos. 01 09 02 31B (Kompl.-Ko.Schutz Bestand Typ 1 im Ausmaß von 53.500 m², Positionspreis EUR XXXXX), LV-Pos. 01 09 65 10A (Arbeitsgerüst Ko-Schutz im Ausmaß von 1,00 PA, Positionspreis EUR XXXXX) und LV-Pos. 01 09 65 11A (Einhausung Ko-Schutz staubwasserdicht im Ausmaß von 1,00 PA, Positionspreis EUR XXXXX). Es sei unverständlich, weshalb etwa die mit "w" gekennzeichnete LV-Position 01 09 02 34C (mechanische Schutzbesch. Bestand Typ 4 über EUR XXXXX) für die Gesamtleistung von Bedeutung sein könne, bei einer Massenänderung eine Verschiebung der Bieterreihung bewirken oder einen Manipulationsversuch darstellen könne.

Die von der Antragstellerin mit dem Angebot vorgelegten K7- Blätter über Leistungen im Wert von EUR XXXXX entsprächen bereits 83,18 % der Angebotssumme. Nach der in der Ausschreibung, LV-Pos. 00B103B Subunternehmer %-Satz, enthaltenen Definition seien alle Positionen für Leistungsteile nur dann wesentlich, wenn sie mehr als 10 % der Gesamtangebotssumme ausmachten. Dies treffe im gegenständlichen Fall lediglich auf zwei Positionen zu, nämlich LV-Pos. 01 09 02 31B mit über EUR XXXXX und LV-Pos. 01 09 65 10A mit über EUR

XXXXX.

Nach § 118 Abs 6 Z 4 BVergG 2006 habe der Auftraggeber bei der Angebotsöffnung die zwingend verlangten Beilagen zu prüfen, deren Fehlen festzustellen und das Ergebnis zu dokumentieren (vgl. Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar, § 118, Rz 56). Der Auftraggeber habe bei der Angebotsöffnung am 25.1.2012 zunächst geprüft und anschließend in der Beilage zum Angebotsöffnungsprotokoll dokumentiert, dass alle zwingend verlangten Beilagen - somit auch die K-Blätter für wesentliche Positionen - eingereicht worden seien. Nach Paragraph 118, Absatz 6, Ziffer 4, BVergG 2006 habe der Auftraggeber bei der Angebotsöffnung die zwingend verlangten Beilagen zu prüfen, deren Fehlen festzustellen und das Ergebnis zu dokumentieren vergleiche Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar, Paragraph 118,, Rz 56). Der Auftraggeber habe bei der Angebotsöffnung am 25.1.2012 zunächst geprüft und anschließend in der Beilage zum Angebotsöffnungsprotokoll dokumentiert, dass alle zwingend verlangten Beilagen - somit auch die K-Blätter für wesentliche Positionen - eingereicht worden seien.

Bei richtiger Betrachtungsweise gelte für die Möglichkeit der Nachreichung von zwingend bei der Angebotsabgabe verlangten Unterlagen, Nachweise die weder Preise, noch Leistungen verändern und damit den Wettbewerb beeinflussen, seien nachbringbar. Für diese Betrachtungsweise spreche, dass andernfalls Bieter bzw deren Angebote auch dann auszuschneiden wären, wenn Nachweise fehlten, obwohl der Auftraggeber - wie auch in diesem Falle - wisse, dass der Bieter über diese Nachweise verfüge. Dabei handle es sich um keinen inhaltlich sinnvollen Grund ein Angebot auszuschneiden.

§ 107 Abs 2 BVergG beinhalte kein absolutes Vollständigkeitsgebot, denn nur "unbehebbarer Vollständigkeitsmängel" (gemeint wohl Unvollständigkeitsmängel) könnten zum Ausscheiden gem § 129 Abs 1 Z 7 BVergG führen (Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel BVergG 2006-Kommentar, Rz 2 zu § 108 und Rz 9, 10 zu § 107). Ausschließlich zwingend geforderte Nachweise, die zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung dem Bieter nicht vorlagen (wie etwa Berufsberechtigungen), seien nicht nachreichbar, sodass das Angebot auszuschneiden sei (vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Die Durchführung einer (Bau-) Ausschreibung gem. BVergG 2006 in der novellierten Fassung von 2010, Seite 87). Auch die Aufforderung zur Nachreichung der K7-Blätter sowie die Einladung der Antragstellerin zum Aufklärungsgespräch zeige, dass für den Auftraggeber die K-Blätter betreffend die wesentlichen Positionen bereits mit dem Angebot abgegeben worden seien und damit kein sofortiger Ausscheidungsgrund vorgelegen sei Paragraph 107, Absatz 2, BVergG beinhalte kein absolutes Vollständigkeitsgebot, denn nur "unbehebbarer Vollständigkeitsmängel" (gemeint wohl Unvollständigkeitsmängel) könnten zum Ausscheiden gem Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG führen (Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel BVergG 2006-Kommentar, Rz 2 zu Paragraph 108 und Rz 9, 10 zu Paragraph 107,). Ausschließlich zwingend geforderte Nachweise, die zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung dem Bieter nicht vorlagen (wie etwa Berufsberechtigungen), seien nicht nachreichbar, sodass das Angebot auszuschneiden sei vergleiche Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Die Durchführung einer (Bau-) Ausschreibung gem. BVergG 2006 in der novellierten Fassung von 2010, Seite 87). Auch die Aufforderung zur Nachreichung der K7-Blätter sowie die Einladung der Antragstellerin zum Aufklärungsgespräch zeige, dass für den Auftraggeber die K-Blätter betreffend die wesentlichen Positionen bereits mit dem Angebot abgegeben worden seien und damit kein sofortiger

Ausscheidungsgrund vorgelegen sei

Der Auftraggeber habe im Ausschreibungsverfahren nicht ausreichend deutlich gemacht, inwieweit eine unvollständige Vorlage bedingener Unterlagen mit dem Angebot als Ausscheidenstatbestand festgelegt werde, und inwieweit eine Nachreichung zur Herstellung der Vollständigkeit der K-Blätter ausgeschlossen sei. Aus dem Bieterhorizont sei die vom Auftraggeber gelebte Vorgehensweise (vgl. "Sanierungsmaßnahme L43 Stahlbau") und die in der Ausschreibung gewählte Formulierung, auch im Zusammenhang mit dem Schlagwort "Ausscheidenssanktion" nicht anders zu verstehen, als dass es sich um einen Ausscheidensvorbehalt für den Fall der gänzlichen Nichtvorlage von bedungenen Unterlagen zum Angebot handle. Dieser Fall einer "gänzlichen Nichtvorlage" liege nicht vor. Der Auftraggeber habe im Ausschreibungsverfahren nicht ausreichend deutlich gemacht, inwieweit eine unvollständige Vorlage bedingener Unterlagen mit dem Angebot als Ausscheidenstatbestand festgelegt werde, und inwieweit eine Nachreichung zur Herstellung der Vollständigkeit der K-Blätter ausgeschlossen sei. Aus dem Bieterhorizont sei die vom Auftraggeber gelebte Vorgehensweise vergleiche "Sanierungsmaßnahme L43 Stahlbau") und die in der Ausschreibung gewählte Formulierung, auch im Zusammenhang mit dem Schlagwort "Ausscheidenssanktion" nicht anders zu verstehen, als dass es sich um einen Ausscheidensvorbehalt für den Fall der gänzlichen Nichtvorlage von bedungenen Unterlagen zum Angebot handle. Dieser Fall einer "gänzlichen Nichtvorlage" liege nicht vor.

Hätte der Auftraggeber gewollt, dass von den Bietern für alle mit "w" gekennzeichneten Positionen K-Blätter vorzulegen seien, hätte er dies klar festzulegen gehabt und bei der Angebotsöffnung prüfen und dokumentieren müssen. Unterlasse der Auftraggeber klare Angaben in seinen Ausschreibungsunterlagen, dürfe dies nicht zu Lasten des Bieters gehen (1171 der Beilagen XXII. GP, Seite 67). Hätte der Auftraggeber gewollt, dass von den Bietern für alle mit "w" gekennzeichneten Positionen K-Blätter vorzulegen seien, hätte er dies klar festzulegen gehabt und bei der Angebotsöffnung prüfen und dokumentieren müssen. Unterlasse der Auftraggeber klare Angaben in seinen Ausschreibungsunterlagen, dürfe dies nicht zu Lasten des Bieters gehen (1171 der Beilagen römisch 22. GP, Seite 67).

Rechtswidrige Ausscheidensentscheidung wegen Verstoßes gegen die Bestimmungen des BVergG 2006

Das nicht Abgeben von K-Blättern mit dem Angebot stelle einen behebbaren Mangel dar (BVA 26.05.1997, N-7/97-12; Gölles in Gölles (Hg), Praxisleitfaden BVergG 2006, Rz 1067) und führe nach den BVergG-Bestimmungen nicht zu einem sofortigen Ausscheiden des Angebotes. K-Blätter dokumentierten die Kalkulationsgrundlagen der Bieter. Durch die K-Blätter könne das Angebot, insbesondere der Angebotspreis, nicht mehr verändert werden. Seien sie in der Ausschreibung angefordert, mache ihr Fehlen zwar ein Nachreichen notwendig, könne jedoch keine Veränderung des Angebotspreises, somit der Wettbewerbsstellung des Bieters bewirken. Das Angebot sei unvollständig und bleibe es, wenn die Frist zur Verbesserung nicht genutzt werde. Das Fehlen von Kalkulationsformblättern sei aus vergaberechtlicher Sicht als behebbarer Mangel zu werten (BVA 11.12.2003, 17N- 115/03-30; 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVKK 8.9.1999, S-116/99-16; BVKK 22.7.1998, S-39/98-12). Trotz Fehlens von Kalkulationsblättern sei eine Angebotsprüfung möglich. Ihre Bedeutung würden sie vor allem bei der Neuverhandlung von Preisen im Zuge der Auftragsabwicklung erlangen, wenn es zu Veränderungen der auszuführenden Massen komme.

Nur solche Mängel seien als unbehebbar zu qualifizieren, die nach der Angebotsöffnung zu einer materiellen Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen könnten (VwGH vom 25.02.2004, 2003/04/0186). Hier jedoch handle es sich nach der Aicher-Formel um eine behebbare Unvollständigkeit, denn sie könne nach Angebotsöffnung zu keiner Änderung des Angebotspreises oder der Wettbewerbsstellung führen (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar § 129 Rz 81 ff). Nur solche Mängel seien als unbehebbar zu qualifizieren, die nach der Angebotsöffnung zu einer materiellen Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen könnten (VwGH vom 25.02.2004, 2003/04/0186). Hier jedoch handle es sich nach der Aicher-Formel um eine behebbare Unvollständigkeit, denn sie könne nach Angebotsöffnung zu keiner Änderung des Angebotspreises oder der Wettbewerbsstellung führen (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar Paragraph 129, Rz 81 ff).

Der Auftraggeber sei nicht ermächtigt, behebbare zu unbehebbar Mängeln zu machen (vgl. §§ 79, 80 und 129 BVergG). Derartige stelle einen Verstoß gegen die vergabegesetzlichen Gestaltungsvorschriften dar (vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel BVergG 2006-Kommentar Rz 86 zu § 129 mwN in FN 167). Einzig § 129 Abs 1 Z 9 BVergG lasse Festlegungen in der Ausschreibung zu. Dies sei jedoch im gegenständlichen Fall nicht relevant, weil die Ausscheidungsentscheidung auf Z 7 leg.cit. fuße. Der Auftraggeber sei nicht ermächtigt,

behebbarer zu unbehebbarer Mängeln zu machen vergleiche Paragraphen 79, 80 und 129 BVergG). Derartige stelle einen Verstoß gegen die vergabegesetzlichen Gestaltungsvorschriften dar (vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel BVergG 2006-Kommentar Rz 86 zu Paragraph 129, mwN in FN 167). Einzig Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG lasse Festlegungen in der Ausschreibung zu. Dies sei jedoch im gegenständlichen Fall nicht relevant, weil die Ausscheidungsentscheidung auf Ziffer 7, leg.cit. fuße.

§ 127 Abs 1 BVergG erlaube Aufklärung nur bei Zweifel an der Eignung des Unternehmers, bei Unklarheiten in Angeboten oder bei behebbaren Angebotsmängeln (Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, § 127, Rz 7). Durch die Aufforderung zur Nachreichung von Unterlagen sowie der Einladung zum Aufklärungsgespräch zeige der Auftraggeber unzweifelhaft, dass er selbst von einer behebbaren Unvollständigkeit ausgehe. Bei einer festgestellten unbehebbarer Unvollständigkeit sei eine Aufklärung sinnlos und leiste einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub (vgl BVA 5.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39, siehe auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, 126, Rz 8f). Paragraph 127, Absatz eins, BVergG erlaube Aufklärung nur bei Zweifel an der Eignung des Unternehmers, bei Unklarheiten in Angeboten oder bei behebbaren Angebotsmängeln (Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 127,, Rz 7). Durch die Aufforderung zur Nachreichung von Unterlagen sowie der Einladung zum Aufklärungsgespräch zeige der Auftraggeber unzweifelhaft, dass er selbst von einer behebbaren Unvollständigkeit ausgehe. Bei einer festgestellten unbehebbarer Unvollständigkeit sei eine Aufklärung sinnlos und leiste einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub vergleiche BVA 5.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39, siehe auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, 126, Rz 8f).

Da das Angebot der Antragstellerin demnach zu Unrecht ausgeschieden worden sei, sei es an erste Stelle zu reihen. Auch die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei somit rechtswidrig.

Die Antragstellerin sei ein erfolgreiches Unternehmen in der Stahlbau-, Edelstahl- und Anlagenbaubranche. Aufgrund ihrer Qualifikation habe sie Interesse am Vertragsabschluss über die gegenständlich ausgeschriebene Bauleistung. Dieses Interesse habe sie auch durch die Abgabe eines seriösen Angebotes, das Aufklärungsgespräch am 9.2.2012 mit dem Auftraggeber und die nachfolgende Korrespondenz bekundet. Das rechtswidrige Vorgehen des Auftraggebers verletze sie in ihren Rechten auf Teilnahme an und Durchführung eines vergaberechts-konformen Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung, auf Einhaltung des Grundsatzes des freien und lauten Wettbewerbes, auf eine vollständige gesetzes- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung, auf Einhaltung der Bestimmungen über die Aufklärung bei Mangelhaftigkeit der Angebote und über das Ausscheiden eines Angebotes, auf vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung sowie in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung. Wenn der Antragstellerin dieser Auftrag entgehe, sei damit für sie nicht nur ein Schaden in Höhe des mit dem Auftrag zu erzielenden Gewinnes verbunden, sondern auch der Beitrag, den dieser Auftrag zu den allgemeinen Kosten des Betriebes der Antragstellerin geleistet hätte. Die Antragstellerin verliere die Möglichkeit, diesen Auftrag bei künftigen Ausschreibungen als Referenzprojekt anzugeben.

Mit Schriftsatz vom 6.3.2012 wandte die C***, vertreten durch Z***, (iF präsuntive Zuschlagsempfängerin) ein, durch die gestellten Anträge werde sie in ihren Rechten auf Zuschlagsentscheidung und -erteilung zu ihren Gunsten, auf rechtmäßiges Ausscheiden der Antragstellerin und auf Gleichbehandlung bzw Nichtdiskriminierung verletzt. Nach dem Ausscheiden der Antragstellerin sei sie aufgrund des Angebotsergebnisses aus dem Verfahren als Bestbieterin hervorgegangen. Der Erhalt des gegenständlichen Auftrages werde durch den Nachprüfungsantrag maßgeblich gefährdet. Es drohe ihr ein Schaden aus bereits getätigten erheblichen Aufwendungen für die Angebotslegung, für die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens (Anwaltskosten etc.) und allenfalls für eine weitere Rechtsdurchsetzung (Schadenersatz etc.). Ein wichtiges Referenzprojekt gehe verloren und die Beschäftigungssituation werde für sie negativ.

Das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht vom Auftraggeber wegen Nichtvorlage von laut Ausschreibung zwingend mit dem Angebot vorzulegenden K7-Blättern ausgeschieden worden. Die Ausschreibungsbedingungen dazu seien eindeutig, der Wortlaut sei klar und unmissverständlich und lasse den Willen des Auftraggebers zweifelsfrei erkennen. Die bestandskräftige Ausschreibung sei die unveränderliche Grundlage für die Angebotsbewertung.

Der Antragstellerin fehle es sowohl selbst an der für den Korrosionsschutz, einem wesentlichen Auftragsteil, erforderlichen Geweberechtigung und sie habe auch dafür keinen Subunternehmer deklariert. Korrosionsschutz

falle in den Fachbereich des gemäß § 94 Z 47 GewO zu den reglementierten Gewerben zählenden Malergewerbes (vgl. Ausschreibung, Pkt. 3.1, unternehmensbezogene Mindestanforderungen, RVS 08.09.01 und 08.09.02). Auch könne die Antragstellerin keinen Nachweis für eine aktive, operative Tätigkeit im Korrosionsschutz - wie in Pkt 3.1 der Ausschreibung gefordert - erbringen. Der Antragstellerin fehle es sowohl selbst an der für den Korrosionsschutz, einem wesentlichen Auftragsteil, erforderlichen Gewerbeberechtigung und sie habe auch dafür keinen Subunternehmer deklariert. Korrosionsschutz falle in den Fachbereich des gemäß Paragraph 94, Ziffer 47, GewO zu den reglementierten Gewerben zählenden Malergewerbes vergleiche Ausschreibung, Pkt. 3.1, unternehmensbezogene Mindestanforderungen, RVS 08.09.01 und 08.09.02). Auch könne die Antragstellerin keinen Nachweis für eine aktive, operative Tätigkeit im Korrosionsschutz - wie in Pkt 3.1 der Ausschreibung gefordert - erbringen.

Die Antragstellerin habe kein ihr eindeutig zurechenbares Angebot gelegt. Durch die unzulässige Verwendung des Portals einer anderen Firma sei anhand der elektronischen Angebotsabgabe nicht erkennbar gewesen, wer tatsächlich Bieter sei. Erst die physische Anwesenheit eines Vertreters der Antragstellerin bei der Angebotsöffnung und dessen Deklaration habe Klarheit gebracht. Diese Verschleierung des Bieternamens durch das Verhalten der Antragstellerin benachteilige die anderen Bieter maßgeblich. Die ohnehin sehr kurze Zeit, die einem Bieter für die Entscheidung, eine Zuschlagsentscheidung anzufechten zur Verfügung stehe, werde dadurch verkürzt. Nur bei einer korrekten Angebotsabgabe seien die weiteren Mitbewerber für alle Bieter bekannt und es bleibe ausreichend Zeit, sich auf "ungewöhnliche" Mitbewerber entsprechend vorzubereiten, wie zB im Falle einer fehlenden Gewerbeberechtigung. Die Antragstellerin habe es damit unzulässiger Weise aber auch in der Hand, ihr eigenes Angebot ungültig zu machen, indem sie sich nicht deklariere. Anlässlich einer telefonischen Anfrage der präsumtiven Zusatzempfängerin habe selbst die ausschreibende Stelle die Antragstellerin nicht korrekt benennen können.

Mit Schriftsatz vom 12.3.2012 brachte der Auftraggeber insbesondere vor, die Antragstellerin habe im Wege des AVA-Online-Systems über die Firma Steiner Bau GmbH fristgerecht ein Angebot gelegt. Unmittelbar nach dem Ablauf der Angebotsfrist am 25.1.2012 seien zwischen 10:15 Uhr und 10:50 Uhr die, zu diesem Zeitpunkt nur in elektronischer Form vorliegenden Angebote in Anwesenheit eines Vertreters der Antragstellerin geöffnet worden. Zur Überprüfung der Vollständigkeit der Angebote sei nachgesehen worden, ob Dateien mit einer den jeweiligen Beilagen entsprechender Bezeichnung eingereicht worden seien und zur Überprüfung der Vollständigkeit der geforderten Unterlagen sei während der Angebotsöffnung jede Datei geöffnet worden. Die detaillierte Prüfung des Umfangs (Anzahl, Vergleich der Positionsnummern usw.) sei erst im Rahmen der Angebotsprüfung erfolgt.

Dem Angebot der Antragstellerin seien lediglich 3 K7-Blätter für wesentliche Positionen (Position 090231B, 096510A und 096511A) in einer PDF-Datei beigelegt gewesen. Daran ändere auch eine Protokollierung durch den Auftraggeber anlässlich der Angebotsöffnung, die möglicherweise nicht den Tatsachen entspreche, nichts. Anhand der Prüfsummen (Hash-Values) sei jederzeit feststellbar, welche K7-Blätter dem Angebot beigelegt worden seien. Eine Manipulation sei ausgeschlossen. Selbst Fehler im Angebotsöffnungsprotokoll bei der Erfassung zwingend verlangter, aber nicht vorhandener Beilagen (§ 121 Abs. 6 Z 5 BVergG) seien ohne Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Dies gelte umso mehr, als der VwGH in seinem Erkenntnis vom 11.11.2009, 2009/04/0240, festgestellt habe, dass die unvollständige Verlesung des Namens eines Bieters und seine fehlerhafte Erfassung im Angebotsöffnungsprotokoll keinen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens habe, da sie die Manipulation des Vergabeverfahrens weder ermögliche noch erleichtere. Dem Angebot der Antragstellerin seien lediglich 3 K7-Blätter für wesentliche Positionen (Position 090231B, 096510A und 096511A) in einer PDF-Datei beigelegt gewesen. Daran ändere auch eine Protokollierung durch den Auftraggeber anlässlich der Angebotsöffnung, die möglicherweise nicht den Tatsachen entspreche, nichts. Anhand der Prüfsummen (Hash-Values) sei jederzeit feststellbar, welche K7-Blätter dem Angebot beigelegt worden seien. Eine Manipulation sei ausgeschlossen. Selbst Fehler im Angebotsöffnungsprotokoll bei der Erfassung zwingend verlangter, aber nicht vorhandener Beilagen (Paragraph 121, Absatz 6, Ziffer 5, BVergG) seien ohne Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Dies gelte umso mehr, als der VwGH in seinem Erkenntnis vom 11.11.2009, 2009/04/0240, festgestellt habe, dass die unvollständige Verlesung des Namens eines Bieters und seine fehlerhafte Erfassung im Angebotsöffnungsprotokoll keinen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens habe, da sie die Manipulation des Vergabeverfahrens weder ermögliche noch erleichtere.

Auf Aufforderung des Auftraggebers vom 27.1.2012, habe die Antragstellerin fristgerecht K7-Blätter für alle Positionen des Leistungsverzeichnisses sowie übrige Dokumente übermittelt. Auf telefonische Anfrage eines Vertreters der Antragstellerin, habe der Projektleiter des Auftraggebers zwar bestätigt, dass die gewünschten Unterlagen eingetroffen

seien, zugleich aber auf den geringen Detaillierungsgrad der K-Blätter hingewiesen und angekündigt, dies im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs zu diskutieren. Die Frage des Auftraggebers, warum sie in ihrem Angebot nur für drei wesentliche Positionen ein K7-Blatt abgegeben habe, habe die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch am 9.2.2012 folgendermaßen erklärt: "Anscheinend dürften beim Scann-Vorgang der K7-Blätter nicht alle Blätter eingezogen worden sein, was zur Folge hatte, dass diese nicht gescannt wurden und damit nicht Bestandteil der Datei waren. Auf Nachforderung des AG wurden die fehlenden bzw alle K7-Blätter am 1.2.2012 nachgereicht." Während dieses Aufklärungsgesprächs habe die Antragstellerin nochmals - detaillierter ausgeführte - K7- Blätter übergeben und der Auftraggeber habe darüber informiert, dass die Rechtsabteilung des Auftraggebers in Wien um Prüfung der weiteren Vorgangsweise ersucht worden sei.

Die Behauptung der Antragstellerin, der Auftraggeber habe ihr in einem anderen Vergabeverfahren den Zuschlag erteilt, obwohl sie ihrem Angebot nicht alle zwingend mit dem Angebot vorzulegenden K7-Blätter beigelegt habe, es sei gelebte Praxis und Auslegung der in Rede stehenden Bestimmung, nur K7-Blätter zu Positionen, die für die Gesamtleistung von Bedeutung seien, mit dem Angebot einzureichen, worauf die Antragstellerin vertrauen habe dürfen, sei unrichtig. Nach dem Verständnis der Antragstellerin, würden Ausschreibungsunterlagen im Widerspruch zum Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter gemäß § 21 BVergG und den vom EUGH auch auf die vorliegende Fragestellung anwendbaren Aussagen zu den Zuschlagskriterien (vgl. EUGH 18.10.2001, Rs C- 19/00, Siac) jeweils einen unterschiedlichen Erklärungswert annehmen, je nachdem, ob ein Bieter in der Vergangenheit an bestimmten Vergabeverfahren beteiligt gewesen sei oder nicht. Dieses Verständnis der Antragstellerin widerspreche auch der Rechtsprechung (vgl. BVA 23.6.2006, 16N-133/05-55). Die Meinung der Antragstellerin, nur jene Positionen seien wesentlich, die der Auftraggeber als wesentlich gekennzeichnet habe und die entweder für die Gesamtleistung von Bedeutung seien oder bei Massenänderungen eine Verschiebung der Bieterreihung bewirken könnten, widerspreche § 79 Abs. 4 BVergG, welcher festlege, dass jene Positionen wesentlich seien, die der Auftraggeber als solche kennzeichne. Die Behauptung der Antragstellerin, der Auftraggeber habe ihr in einem anderen Vergabeverfahren den Zuschlag erteilt, obwohl sie ihrem Angebot nicht alle zwingend mit dem Angebot vorzulegenden K7-Blätter beigelegt habe, es sei gelebte Praxis und Auslegung der in Rede stehenden Bestimmung, nur K7-Blätter zu Positionen, die für die Gesamtleistung von Bedeutung seien, mit dem Angebot einzureichen, worauf die Antragstellerin vertrauen habe dürfen, sei unrichtig. Nach dem Verständnis der Antragstellerin, würden Ausschreibungsunterlagen im Widerspruch zum Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter gemäß Paragraph 21, BVergG und den vom EUGH auch auf die vorliegende Fragestellung anwendbaren Aussagen zu den Zuschlagskriterien vergleiche EUGH 18.10.2001, Rs C- 19/00, Siac) jeweils einen unterschiedlichen Erklärungswert annehmen, je nachdem, ob ein Bieter in der Vergangenheit an bestimmten Vergabeverfahren beteiligt gewesen sei oder nicht. Dieses Verständnis der Antragstellerin widerspreche auch der Rechtsprechung vergleiche BVA 23.6.2006, 16N-133/05-55). Die Meinung der Antragstellerin, nur jene Positionen seien wesentlich, die der Auftraggeber als wesentlich gekennzeichnet habe und die entweder für die Gesamtleistung von Bedeutung seien oder bei Massenänderungen eine Verschiebung der Bieterreihung bewirken könnten, widerspreche Paragraph 79, Absatz 4, BVergG, welcher festlege, dass jene Positionen wesentlich seien, die der Auftraggeber als solche kennzeichne.

In den Ausschreibungsunterlagen sei zweifellos eine Ausscheidenssanktion bei Nichtvorlage von K-Blättern für wesentliche Positionen mit dem Angebot festgelegt. Es bestehe kein Widerspruch zwischen der Ausscheidensentscheidung und dem Vorgehen des Auftraggebers. Er sei lediglich der vergaberechtlichen Verpflichtung, die zwingenden Bestimmungen der Angebotsunterlage korrekt zur Anwendung zu bringen, nachgekommen.

Mit Replik vom 27.3.2012 ergänzte die Antragstellerin, die Formulierung im Angebotsdeckblatt der Ausschreibung sei ohne den Hinweis auf die "LV.-Pos. 00B502" nicht anders, als eine Ausscheidenssanktion für den Fall der gänzlichen Nichtvorlage von K7-Blättern bzw der Vorlage von K7-Blättern für nicht wesentliche Positionen, zu verstehen. Pkt. 6.4 der Bietererklärung "differenziere zwischen der Kennzeichnung bestimmter Positionen im Leistungsverzeichnis einerseits und dem Verlangen im Angebotsdeckblatt auf Vorlage bestimmter K7-Blätter für bestimmte gekennzeichnete Positionen andererseits. Hätte die Antragsgegnerin tatsächlich gewollt, dass die K7-Blätter für alle im Leistungsverzeichnis als wesentlich gekennzeichnete Positionen zwingend mit dem Angebot vorzulegen sind, wäre die Bedingung in Pkt. 6.4. der Bietererklärung, die an ein bestimmtes Verlangen im Angebotsdeckblatt anknüpft, unnötig". Auch § 915 ABGB verlange ein solches Verständnis, andernfalls liege ein Musterbeispiel für die

Manipulationsmöglichkeit auf Auftraggeberseite vor. Mit Replik vom 27.3.2012 ergänzte die Antragstellerin, die Formulierung im Angebotsdeckblatt der Ausschreibung sei ohne den Hinweis auf die "LV.-Pos. 00B502" nicht anders, als eine Ausscheidenssanktion für den Fall der gänzlichen Nichtvorlage von K7-Blättern bzw der Vorlage von K7-Blättern für nicht wesentliche Positionen, zu verstehen. Pkt. 6.4 der Bietererklärung "differenziere zwischen der Kennzeichnung bestimmter Positionen im Leistungsverzeichnis einerseits und dem Verlangen im Angebotsdeckblatt auf Vorlage bestimmter K7-Blätter für bestimmte gekennzeichnete Positionen andererseits. Hätte die Antragsgegnerin tatsächlich gewollt, dass die K7-Blätter für alle im Leistungsverzeichnis als wesentlich gekennzeichnete Positionen zwingend mit dem Angebot vorzulegen sind, wäre die Bedingung in Pkt. 6.4. der Bietererklärung, die an ein bestimmtes Verlangen im Angebotsdeckblatt anknüpft, unnötig". Auch Paragraph 915, ABGB verlange ein solches Verständnis, andernfalls liege ein Musterbeispiel für die Manipulationsmöglichkeit auf Auftraggeberseite vor.

Die LV-Position 00B502 definiere auch die Kennzeichnung von

Wahl- und Eventualpositionen. In der ÖNORM A2050 finde sich

keine Kategorie "wesentliche Position" und nach deren Regeln für Positionstexte im Leistungsverzeichnis stehe das Kennzeichen "W" für Wahl-, das Kennzeichen "E" für Eventual- und das Kennzeichen "R" für Regieposition. Die im Leistungsverzeichnis mit "W" gekennzeichneten Positionen könnten - da es sich dabei um eine für Wahlpositionen üblich Kennzeichnung handle - Wahlpositionen sein. Es liege also eine Undeutlichkeit und Unklarheit gemäß § 915 ABGB in den Ausschreibungsbestimmungen vor. keine Kategorie "wesentliche Position" und nach deren Regeln für Positionstexte im Leistungsverzeichnis stehe das Kennzeichen "W" für Wahl-, das Kennzeichen "E" für Eventual- und das Kennzeichen "R" für Regieposition. Die im Leistungsverzeichnis mit "W" gekennzeichneten Positionen könnten - da es sich dabei um eine für Wahlpositionen üblich Kennzeichnung handle - Wahlpositionen sein. Es liege also eine Undeutlichkeit und Unklarheit gemäß Paragraph 915, ABGB in den Ausschreibungsbestimmungen vor.

Die Ausschreibung enthalte keine Formvorgaben für K7-Blätter. Die Aufschlüsselung der Angebotspreise im Leistungsverzeichnis nach Lohn und Sonstiges mache die Veränderung der anzubietenden Einheitspreise durch eine nachträgliche Vorlage von K7-Blättern unmöglich. Durch die Nichtvorlage der K7-Blätter eröffne sich für die Antragstellerin weder eine Manipulationsmöglichkeit, noch die materielle Verbesserung ihrer Wettbewerbsstellung.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 27.3.2012 gab S*** für die Antragstellerin an, dass zwar das Angebot nicht von ihm zusammengestellt worden sei, er aber trotzdem dazu Angaben machen könne. Mit dem Angebot seien nur die K7-Blätter für drei Positionen abgegeben worden, weil der Kalkulant die Ausschreibung so verstanden habe, wobei diese Positionen 83,18 % der Gesamtangebotssumme ausmachten.

Auf die andere Erklärung für die Abgabe von lediglich drei K7- Blättern habe er sich in dem zwischen ihm und dem Auftraggeber sehr offen geführten Aufklärungsgespräch nur deshalb eingelassen, weil ihm der Auftraggeber eine weitere Frist für Stellungnahmen und die Vorlage von Unterlagen gegeben habe. Insbesondere habe der Auftraggeber ihm zugestanden, diese Stellungnahme noch abändern zu können. Selbst der Auftraggeber habe nicht gewusst, ob es sich um einen Ausscheidensgrund handle.

Zum Zeitpunkt der Angebotsstellung habe es die K7-Blätter für alle Leistungsverzeichnispositionen gegeben. Am 1.2.2012 seien die K7-Blätter für alle Positionen elektronisch hochgeladen worden und am Tag des Aufklärungsgespräches seien die K7-Blätter mit detaillierteren Angaben nochmals vorgelegt worden.

Zu den Gründen, weshalb diese 9 Positionen als W-Positionen ausgeschrieben worden seien, gab Herr Presslauer für den Auftraggeber an, der finanzielle Rahmen sei dafür maßgeblich. Man habe - wie bei jeder Bauausschreibung - eine Änderung von K7-Blättern nach Angebotsabgabe verhindern wollen. Es seien jene Positionen genommen worden, wo die Mengen anlässlich der Ausschreibung für den Auftraggeber schwer eruierbar gewesen seien. Ausgeschrieben seien 8.000 Laufmeter Kanten. Vorab sei jedoch nicht feststellbar, ob es effektiv dann lediglich 4.000 oder 12.000 Laufmeter Kanten seien würden. Der Auftraggeber würde solche Positionen als wesentliche kennzeichnen, weil sie sehr spekulationsanfällig seien. Er signalisiere dem Bieter damit: "das schaue sich der Auftraggeber genau an."

Auch bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung seien Positionen relativ unbestimmt, sodass eine Konkretisierung der angebotenen Leistung (zB. Material, Aufwand- und Verbrauchsansätze) in den K7-Blättern für den Auftraggeber von Bedeutung sei. In der Wettbewerbssituation vor Angebotsabgabe halte das die Bieter dazu an, sich besonders "anzustrengen". Andernfalls würden sich Bieter eher zurückhalten, es bliebe ihnen die Möglichkeit, nach

Angebotsabgabe Mehrkostenforderungen unterzubringen. Dies gelte insbesondere für den Billigstbieter, der um seine Position wisse und daher ein sehr spärliches K7- Blatt abgebe. Insbesondere könne sich dieser Billigstbieter verleitet sehen, ein "taktisches K7-Blatt" abzugeben, in der Spekulation darauf, leichter Mehrkostenforderungen geltend machen zu können.

Die Vertreterin der Antragstellerin gab dazu an, diese Argumentation des Auftraggebers nicht zu verstehen. Sie erkläre nicht, warum K7-Blätter für alle wesentlichen Positionen bereits mit dem Angebot abzugeben seien. Auch wenn ein Bieter bereits im Angebot für alle wesentlichen Positionen ein K7-Blatt abgegeben habe, könne er ein "taktisches K7-Blatt" abgeben. Der Auftraggeber habe es durch seine Festlegung in der Ausschreibungsunterlage ohnehin jederzeit in der Hand, ein Angebot, das nicht die von ihm geforderten K7-Blätter beinhalte - sei es auch nach erfolgloser Aufforderung - auszuschneiden.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin ergänzte dazu, die Aufgliederung im Detailkalkulationsblatt K7 zeige die Zusammenstellung aus den verschiedenen Leistungserbringungen (Geräte, Anteile, Stoffe etc.). Erst daraus würden sich die wesentlichen Preisänderungen und damit Manipulationsmöglichkeiten bei Änderungen des Vordersatzes (= die in der Ausschreibung vorgegebene Menge) ergeben, während die Aufgliederung in die Preisbestandteile Lohn und Sonstiges lediglich Einfluss auf eine Indizierung oder Preisgleitung habe.

Der Auftraggeber gab weiter an, im gegenständlichen Leistungsverzeichnis gebe es keine Wahl- oder Eventualpositionen. Die Kennzeichnung von Wahl- oder Eventualpositionen im Leistungsverzeichnis erfolge unterhalb der Spalte "PZZV", vergleichbar zu zusätzlichen Positionen mit dem Buchstaben "Z". Die Kennzeichnung bei wesentlichen Positionen erfolge anders, nämlich am rechten Rand im Leistungsverzeichnis mit einem "W".

Die Frage der K7-Blätter sei eine zentrale im Aufklärungsgespräch gewesen. Er gehe davon aus, dass von 9 Positionen die Rede gewesen sei. Bei der Angabe von "8" wesentlichen Positionen im Protokoll des Aufklärungsgesprächs handle es sich um einen Tippfehler bzw. Irrtum.

S*** ergänzte für die Antragstellerin, im Leistungsverzeichnis gebe es keine Wahl- bzw. Eventualpositionen. Er habe mit seinen beiden Kollegen auf die Zahl "8" im Protokoll des Aufklärungsgesprächs aufmerksam gemacht, denn man habe die Positionen im Leistungsverzeichnis durchgezählt und sei auf insgesamt 9 gekommen. Zu diesem Zeitpunkt, als bereits alle K7- Blätter vorgelegt worden seien, hätte dies aber nichts mehr zur Sache getan.

Die Veränderungen in der Spalte "Aufschlag Zukauf" von XXXXX % im K7-Blatt vom 24.1.2012 auf XXXXX % im K7-Blatt vom 6.2.2012 könne nur Herr Konrad beantworten. Die Kalkulationsblätter der Antragstellerin würden grundsätzlich aus einem Excel-Programm abgeleitet werden. Auch die Frage, wodurch sich die Änderungen in den K7-Blättern, der Positionsnummern 01096510A und 01096511A (bei 01096510A bisher XXXXX Std/EH mit Stundensatz XXXXX im Kalkulationsblatt vom 24.1.2012 und jetzt XXXXX Std/EH mit Stundensatz XXXXX und XXXXX Std/EH mit XXXXX im Kalkulationsblatt vom 6.2.2012) begründen, könne nur der Kalkulant erklären. Eine mögliche Erklärung sei, "dass die Gesamtleistung der XXXXX, die mit XXXXX angeboten war, was den Lohnanteil dieser Leistung betrifft, nochmals im Detail in den Lohnleistungsanteil der B*** und den XXXXX für die XXXXX aufgeteilt werde."

Der Auftraggeber gab dazu an, der Gesamtzuschlag auf Lohn im K3- Blatt des Subunternehmers B*** werde mit XXXXX % ausgewiesen, der Gesamtzuschlag auf Gerät, Material, Fremdleistung, Lohn/Gehalt werde im K3-Blatt der Antragstellerin mit XXXXX % angegeben und der Aufschlag Zukauf werde im K7-Blatt zunächst mit XXXXX % und dann mit XXXXX % ausgewiesen. Die in den K3- Blättern enthaltenen Gesamtzuschläge hätten sich im K7-Blatt wiederzufinden. Weiters scheine im K7-Blatt der Leistungspositionen 01096510A vom 24.1.2012 zunächst bei der Position Lohn, die B*** mit XXXXX Std/EH und die D*** mit XXXXX Std/EH um XXXXX auf, während im K7-Blatt vom 6.2.2012 bei der Position Lohn die B*** mit XXXXX Std/EH und ein XXXXX mit XXXXX Std/EH um XXXXX verzeichnet sei. Bei beiden Firmen handle es sich um Subunternehmer.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 leg cit, welcher in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Der geschätzte Wert des

Auftrages beträgt nach den Angaben des Auftraggebers EUR 5.320.810,00 (ohne Ust), das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das Angebot der Antragstellerin vom 24.1.2012 wurde vom Auftraggeber mit Entscheidung vom 15.2.2012 ausgeschieden. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, leg cit, welcher in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Der geschätzte Wert des Auftrages beträgt nach den Angaben des Auftraggebers EUR 5.320.810,00 (ohne Ust), das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das Angebot der Antragstellerin vom 24.1.2012 wurde vom Auftraggeber mit Entscheidung vom 15.2.2012 ausgeschieden.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wurde innerhalb der Fristen des § 321 BVergG eingebracht. Er erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 BVergG und ist insoweit zulässig. An Pauschalgebühren wurden gemäß § 318 BVergG iVm der Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2010, BGBl II Nr. 72/2010, (BVA-GebV 2010), für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung EUR 8.208,-- entrichtet. Es wurde weder eine Zuschlags- oder eine Widerrufsentscheidung getroffen, noch ein Zuschlag erteilt, oder das Vergabeverfahren widerrufen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wurde innerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVergG eingebracht. Er erfüllt die formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, BVergG und ist insoweit zulässig. An Pauschalgebühren wurden gemäß Paragraph 318, BVergG in Verbindung mit der Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2010, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 72 aus 2010,, (BVA-GebV 2010), für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung EUR 8.208,-- entrichtet. Es wurde weder eine Zuschlags- oder eine Widerrufsentscheidung getroffen, noch ein Zuschlag erteilt, oder das Vergabeverfahren widerrufen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat mit Schriftsatz vom 6.3.2012 begründete Einwendungen gegen den verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsantrag erhoben. Gemäß § 324 Abs 3 BVergG kommt ihr damit Parteistellung zu. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat mit Schriftsatz vom 6.3.2012 begründete Einwendungen gegen den verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsantrag erhoben. Gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG kommt ihr damit Parteistellung zu.

1. 2. Ziffer 2

Zu Spruchpunkt I.: Zu Spruchpunkt römisch eins.:

2.1 Inhalt der Ausschreibung:

Neben dem Angebotsdeckblatt und dem ausgepreisten Leistungsverzeichnis werden im Angebotsdeckblatt die "K3-Blätter und K7-Blätter für wesentliche Positionen, als zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidenssanktion!)" genannt.

Nach den Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen ist der Bieter " - bei sonstigem Ausscheiden - verpflichtet, die im Angebotsdeckblatt unter `zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidenssanktion)` angeführten Teile mit dem Angebot abzugeben". Weiters "wird ersucht, um im Zuge der Angebotsöffnung ein rasches Auffinden der zwingend abzugebenden Unterlagen zu ermöglichen, bei der Bezeichnung der Angebotsbestandteile die Begriffe gem. Angebotsdeckblatt (`zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen`) zu verwenden." (vgl. B.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, Pkt. 1.1.12f). Nach den Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen ist der Bieter " - bei sonstigem Ausscheiden - verpflichtet, die im Angebotsdeckblatt unter `zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidenssanktion)` angeführten Teile mit dem Angebot abzugeben". Weiters "wird ersucht, um im Zuge der Angebotsöffnung ein rasches Auffinden der zwingend abzugebenden Unterlagen zu ermöglichen, bei der Bezeichnung der Angebotsbestandteile die Begriffe gem. Angebotsdeckblatt (`zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen`) zu verwenden." vergleiche B.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, Pkt. 1.1.12f).

Die Bietererklärung enthält den Hinweis "Für die im Leistungsverzeichnis als wesentlich gekennzeichneten Positionen sind soweit im Angebotsdeckblatt verlangt, die K7-Blätter sowohl für den Auftraggeber-Entwurf als auch, falls angeboten, für allfällige Alternativentwürfe, mit dem Angebot abzugeben." (vgl. Bietererklärung, Pkt. 6.4) Die Bietererklärung enthält den Hinweis "Für die im Leistungsverzeichnis als wesentlich gekennzeichneten Positionen sind soweit im Angebotsdeckblatt verlangt, die K7-Blätter sowohl für den Auftraggeber-Entwurf als auch, falls angeboten, für allfällige Alternativentwürfe, mit dem Angebot abzugeben." vergleiche Bietererklärung, Pkt. 6.4)

Allgemein sehen die projektspezifischen Ausschreibungsbestimmungen vor, "die wesentlichen Positionen sind im LV mit W = 'W' gekennzeichnet" (vgl. B.5 Projektspezifisches Leistungsverzeichnis). Im projektspezifischen Leistungsverzeichnis sind insgesamt 9 Z-Positionen mit dem Buchstaben "W" gekennzeichnet, nämlich: Allgemein sehen die projektspezifischen Ausschreibungsbestimmungen vor, "die wesentlichen Positionen sind im LV mit W = 'W' gekennzeichnet" vergleiche B.5 Projektspezifisches Leistungsverzeichnis). Im projektspezifischen Leistungsverzeichnis sind insgesamt 9 Z-Positionen mit dem Buchstaben "W" gekennzeichnet, nämlich:

1. 090231B Kompl.-Ko.Schutz Bestand Typ1 M2,
2. 090232B mechanische Schutzbesch. Bestand Typ2 M,
3. 090233C mechanische Schutzbesch. Bestand Typ3 Pa,
4. 090234C mechanische Schutzbesch. Bestand Typ 4 Stk,
5. 090235C pari Ergänzung Feuerverzinkung. Bestand Typ 5 Stk
6. 090236C Kompl. KO.Schutz. Bestand Typ 6 Pa,
7. 096510A Arbeitsgerüst Ko-Schutz,
8. 096511A Einhausung Ko-Schutz staub- wasserdicht und
9. 132275A Kanten abrunden M1.

Nach den allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB, sind die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl. VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtsprechung BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 u. v.a.). Nach den allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB, sind die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtsprechung BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 u. v.a.).

Unter Zugrundelegung dieses Interpretationsmaßstabes ergibt sich aus der Zusammenschau der wortidenten und mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen (vgl. VwGH 25.6.2008, 2006/04/0116; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20, u.a.) Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen (vgl. Angebotsdeckblatt, Allgemeine und Projektspezifische Ausschreibungsbestimmungen und Bietererklärung) eindeutig, dass für alle im Leistungsverzeichnis vom Auftraggeber mit dem Buchstaben "W" - für wesentlich - gekennzeichnete, insgesamt 9 verschiedenen Positionen (090231B, 090232B, 090233C, 090234C, 090235C, 090236C, 096510A, 096511A und 132275A) K7-Blätter bereits mit dem Angebot abzugeben sind. Unter Zugrundelegung dieses Interpretationsmaßstabes ergibt sich aus der Zusammenschau der wortidenten und mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen vergleiche VwGH 25.6.2008, 2006/04/0116; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20, u.a.) Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen vergleiche Angebotsdeckblatt, Allgemeine und Projektspezifische Ausschreibungsbestimmungen und Bietererklärung) eindeutig, dass für alle im Leistungsverzeichnis vom Auftraggeber mit dem Buchstaben "W" - für wesentlich - gekennzeichnete, insgesamt 9 verschiedenen Positionen (090231B, 090232B, 090233C, 090234C, 090235C, 090236C, 096510A, 096511A

und 132275A) K7-Blätter bereits mit dem Angebot abzugeben sind.

Weiters hatte die Antragstellerin, aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters, bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.2.2008, N/0006- BVA/04/2008-24; 11.1.2008; N/0112-BVA/14/2007-20; u.a.] davon auszugehen, dass im Falle der Nichtvorlage von in den Ausschreibungsbestimmungen "als zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen" - zu diesen zählen jedenfalls sämtliche im projektspezifischen Leistungsverzeichnis enthaltenen mit einem "W" für wesentlich gekennzeichneten, insgesamt 9 verschiedenen Positionen - schon mit dem Angebot, das betroffene Angebot vom Auftraggeber auszuschneiden ist.

Das Vorbringen der Antragstellerin, der Auftraggeber habe im Ausschreibungsverfahren nicht - zB durch den expliziten Hinweis auf die LV.-Pos. 00B502 im Angebotsdeckblatt - ausreichend deutlich gemacht, inwieweit eine unvollständige Vorlage bedingener Unterlagen einen Ausscheidenstatbestand darstelle, widerspricht klar den oben wiedergegebenen Ausschreibungsbestimmungen. Wie eine Durchsicht der dem Bundesvergabeamt im Original vorliegenden Angebote ergeben hat, haben alle übrigen Bieter des gegenständlichen Vergabeverfahrens - entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung - die K7-Blätter für alle 9, im Leistungsverzeichnis mit "W" gekennzeichneten Positionen bereits mit dem Angebot abgegeben (vgl. Vergabeakt, N/0023- BVA/02/2012-11, Vergabeordner C, D und E). Das Vorbringen der Antragstellerin, der Auftraggeber habe im Ausschreibungsverfahren nicht - zB durch den expliziten Hinweis auf die LV.-Pos. 00B502 im Angebotsdeckblatt - ausreichend deutlich gemacht, inwieweit eine unvollständige Vorlage bedingener Unterlagen einen Ausscheidenstatbestand darstelle, widerspricht klar den oben wiedergegebenen Ausschreibungsbestimmungen. Wie eine Durchsicht der dem Bundesvergabeamt im Original vorliegenden Angebote ergeben hat, haben alle übrigen Bieter des gegenständlichen Vergabeverfahrens - entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung - die K7-Blätter für alle 9, im Leistungsverzeichnis mit "W" gekennzeichneten Positionen bereits mit dem Angebot abgegeben vergleiche Vergabeakt, N/0023- BVA/02/2012-11, Vergabeordner C, D und E).

Die Antragstellerin irrt, wenn sie meint, die Differenzierung, die der Auftraggeber in Pkt. 6.4 der Bietererklärung vorgenommene habe, sei unnötig. Diese Textierung (arg. "für im Leistungsverzeichnis als wesentlich gekennzeichnete Positionen sind soweit im Angebotsdeckblatt genannt, die K7-Blätter, ..., mit dem Angebot abzugeben") macht vielmehr den Zusammenhang zwischen den Festlegungen in der Bietererklärung und jenen im Angebotsdeckblatt im Bezug auf die dort genannten, schon mit dem Angebot zwingend vorzulegenden K7-Blättern für im Leistungsverzeichnis als wesentlich gekennzeichnete Positionen besonders deutlich. Nach den im Wesentlichen mit gleichlautender Textierung in 4 verschiedenen Teilen der Ausschreibung getroffenen und bestandfesten, objektiv unmissverständlichen Festlegungen, ist jedes Angebot, dem nicht alle K7-Blätter zu den insgesamt 9 wesentlichen LV-Positionen schon bei Angebotsabgabe beigelegt wurden, auszuschneiden. Für die Anwendung der Zweifelsregelung von § 915 ABGB bleibt schon deshalb kein Raum. Die Antragstellerin irrt, wenn sie meint, die Differenzierung, die der Auftraggeber in Pkt. 6.4 der Bietererklärung vorgenommene habe, sei unnötig. Diese Textierung (arg. "für im Leistungsverzeichnis als wesentlich gekennzeichnete Positionen sind soweit im Angebotsdeckblatt genannt, die K7-Blätter, ..., mit dem Angebot abzugeben") macht vielmehr den Zusammenhang zwischen den Festlegungen in der Bietererklärung und jenen im Angebotsdeckblatt im Bezug auf die dort genannten, schon mit dem Angebot zwingend vorzulegenden K7-Blättern für im Leistungsverzeichnis als wesentlich gekennzeichnete Positionen besonders deutlich. Nach den im Wesentlichen mit gleichlautender Textierung in 4 verschiedenen Teilen der Ausschreibung getroffenen und bestandfesten, objektiv unmissverständlichen Festlegungen, ist jedes Angebot, dem nicht alle K7-Blätter zu den insgesamt 9 wesentlichen LV-Positionen schon bei Angebotsabgabe beigelegt wurden, auszuschneiden. Für die Anwendung der Zweifelsregelung von Paragraph 915, ABGB bleibt schon deshalb kein Raum.

Selbst wenn nach der ÖNORM A2050, worauf die Antragstellerin aufmerksam macht, üblicherweise in Leistungsverzeichnissen Wahl-Positionen mit dem Buchstaben "W" gekennzeichnet werden, ist auszuschließen, dass die Kennzeichnung von wesentlichen Positionen mit demselben Buchstaben bei der gegenständlichen Ausschreibung zu einem unklaren bzw undeutlichen Verständnis führt, da das gegenständliche Leistungsverzeichnis - wie selbst die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung bestätigte - keine Wahl-Positionen enthält.

Wenn die Antragstellerin vermeint, die Aufforderung des Auftraggebers zur ergänzenden Vorlage von "allen K7-Blättern" und das danach erfolgte Aufklärungsgespräch, wo vom Auftraggeber nicht die korrekte Anzahl von insgesamt

9, sondern nur 8 als im Leistungsverzeichnis als wesentlich gekennzeichnete Positionen im Protokoll vermerkt worden seien, zeige auf, dass auch der Auftraggeber vom Vorliegen einer behebbaren Unvollständigkeit des Angebotes der Antragstellerin ausgegangen sei, übersieht sie, dass nicht nur die Bieter bei ihrer Angebotserstellung, sondern auch der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung an diese Ausschreibung in ihrer bestandfest gewordenen Fassung gebunden sind (vgl. VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0123; ebenso 12.8.2010, N/0060-BVA/02/0210-22 ua). In dieser gegenständlichen Ausschreibung wird klar zwischen einerseits der Verpflichtung - bei sonstigem Ausscheiden - zur Abgabe aller zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen und andererseits sonstigen weiteren, erst auf Aufforderung nachzureichenden Unterlagen unterschieden (vgl. B.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, Pkt. 1.1.12; Bietererklärung, Pkt. 6.3). Wenn die Antragstellerin vermeint, die Aufforderung des Auftraggebers zur ergänzenden Vorlage von "allen K7-Blättern" und das danach erfolgte Aufklärungsgespräch, wo vom Auftraggeber nicht die korrekte Anzahl von insgesamt 9, sondern nur 8 als im Leistungsverzeichnis als wesentlich gekennzeichnete Positionen im Protokoll vermerkt worden seien, zeige auf, dass auch der Auftraggeber vom Vorliegen einer behebbaren Unvollständigkeit des Angebotes der Antragstellerin ausgegangen sei, übersieht sie, dass nicht nur die Bieter bei ihrer Angebotserstellung, sondern auch der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung an diese Ausschreibung in ihrer bestandfest gewordenen Fassung gebunden sind vergleiche VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0123; ebenso 12.8.2010, N/0060-BVA/02/0210-22 ua). In dieser gegenständlichen Ausschreibung wird klar zwischen einerseits der Verpflichtung - bei sonstigem Ausscheiden - zur Abgabe aller zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen und andererseits sonstigen weiteren, erst auf Aufforderung nachzureichenden Unterlagen unterschieden vergleiche B.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, Pkt. 1.1.12; Bietererklärung, Pkt. 6.3).

Der Auftraggeber ist zwar - wie die Antragstellerin grundsätzlich zutreffend aufzeigt, nicht ermächtigt, einen behebbaren zu einem unbehebaren Mangel zu machen - dies kann jedoch anlässlich der Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung nicht mehr aufgegriffen werden (vgl. UVS Stmk 25.6.2008, 44.20- I/2008). Anderenfalls hätte es der Auftraggeber in der Hand - entgegen dem Gleichbehandlungsgrundsatz - zugunsten eines Bieters von den bestandfesten Bestimmungen seiner eigenen Ausschreibung abzuweichen (BVA 16.4.2008, N/0029-BVA/09/2008-27). Der Auftraggeber ist zwar - wie die Antragstellerin grundsätzlich zutreffend aufzeigt, nicht ermächtigt, einen behebbaren zu einem unbehebaren Mangel zu machen - dies kann jedoch anlässlich der Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung nicht mehr aufgegriffen werden vergleiche UVS Stmk 25.6.2008, 44.20- I/2008). Anderenfalls hätte es der Auftraggeber in der Hand - entgegen dem Gleichbehandlungsgrundsatz - zugunsten eines Bieters von den bestandfesten Bestimmungen seiner eigenen Ausschreibung abzuweichen (BVA 16.4.2008, N/0029-BVA/09/2008-27).

2.2. Inhalt des Angebots der Antragstellerin:

Dem Angebot der Antragsstellerin vom 24.1.2012 waren lediglich für drei LV-Positionen, verschiedene K7-Kalkulationsblätter beigelegt. Nämlich für die LV-Positionen 090231B Kompl.-Ko. Schutz Bestand Typ1 M2, 096510A Arbeitsgerüst Ko-Schutz und 096511A Einhausung Ko-Schutz staub- wasserdicht.

Übereinstimmend damit enthält das Angebotsschreiben der Antragstellerin den Hinweis, dass dem Angebot lediglich K7- Blätter im Umfang von 3 Seiten beigelegt sind (vgl.

Angebotsschreiben vom 24.1.2012, "Beilagen: ... K7-Blätter 3 Seiten").

Dass nur 3 von insgesamt 9 geforderten verschiedenen K7-Blättern in der Angebotsdatei enthalten waren, bestätigt die Antragstellerin selbst gegenüber dem Auftraggeber, indem sie auf dessen Nachfrage im Aufklärungsgespräch die nur unvollständige Übermittlung aller in der Ausschreibung zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen mit einem technischen Fehler beim Einscannen der Unterlagen rechtfertigt und nochmals zuletzt ausdrücklich in der mündlichen Verhandlung.

Darüber hinaus hat das Ermittlungsverfahren ergeben, dass die von der Antragstellerin mit dem Angebot am 25.1.2012 und erst auf Nachforderung des Auftraggebers nach Angebotsöffnung, am 1.2.2012 abgegebenen K7-Blätter für die W-Positionen (jeweils datiert mit dem 24.1.2011, gemeint wohl 2012) sich inhaltlich von den, mit 6.2.2012 datierten K7-Blättern unterscheiden, die die Antragstellerin am 9.2.2012 für dieselben W-Positionen abgegeben hat (vgl. 1. LV-Pos. 090231B, 090232B, 090233C, 090234C, 090235C, 090236C, 096510A und 096511A: Erhöhung "Aufschlag Zukauf" von

zuvor XXXXX % auf XXXXX %; 2. LV-Pos. 096510A: Änderung der zunächst angebotenen Leistung "Lohn XXXXX" mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX laut K7-Blatt im Angebot vom 25.1.2012 auf die dann angebotene Leistung "Lohn D***" mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX laut K7-Blatt, vorgelegt am 1.2.2012 und schließlich die angebotenen Leistungen "Lohn B*** " mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX und "XXXXX" mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX laut K7-Blatt vom 6.2.2012; 3. LV-Pos. 096511A: Änderung der zunächst angebotenen Leistung "Lohn XXXXX " mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX laut K7-Blatt im Angebot vom 25.1.2012 auf die dann angebotene Leistung "Lohn B***" mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX laut K7-Blatt, vorgelegt am 1.2.2012 und schließlich die angebotenen Leistungen " XXXXX" mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX und "Lohn B***" mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX laut K7-Blatt vom 6.2.2012), womit im Ergebnis eine Änderung des Angebotes einhergeht. Die Zulässigkeit einer Angebotsänderung wird gemäß § 106 Abs 8 BVergG im offenen Verfahren jedoch mit dem Ablauf der Angebotsfrist beschränkt und ist danach unzulässig. Jede Angebotsänderung nach Angebotsöffnung steht im offenen Verfahren nicht im Einklang mit dem in § 101 Abs 4 BVergG verankerten Verhandlungsverbot. Das strikte Gleichbehandlungsgebot des § 101 Abs 4 leg cit stellt eine Konkretisierung der Gebote der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs in § 19 Abs 1 BVergG dar. Auf ein solches "Nachtragsangebot" darf der Auftraggeber den Zuschlag nicht mehr erteilen (BVA 23.2.2011, N/0003-BVA/02/2011-19).Darüber hinaus hat das Ermittlungsverfahren ergeben, dass die von der Antragstellerin mit dem Angebot am 25.1.2012 und erst auf Nachforderung des Auftraggebers nach Angebotsöffnung, am 1.2.2012 abgegebenen K7-Blätter für die W-Positionen (jeweils datiert mit dem 24.1.2011, gemeint wohl 2012) sich inhaltlich von den, mit 6.2.2012 datierten K7-Blättern unterscheiden, die die Antragstellerin am 9.2.2012 für dieselben W-Positionen abgegeben hat vergleiche 1. LV-Pos. 090231B, 090232B, 090233C, 090234C, 090235C, 090236C, 096510A und 096511A: Erhöhung "Aufschlag Zukauf" von zuvor XXXXX % auf XXXXX %; 2. LV-Pos. 096510A: Änderung der zunächst angebotenen Leistung "Lohn XXXXX" mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX laut K7-Blatt im Angebot vom 25.1.2012 auf die dann angebotene Leistung "Lohn D***" mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX laut K7-Blatt, vorgelegt am 1.2.2012 und schließlich die angebotenen Leistungen "Lohn B*** " mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX und "XXXXX" mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX laut K7-Blatt vom 6.2.2012; 3. LV-Pos. 096511A: Änderung der zunächst angebotenen Leistung "Lohn XXXXX " mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX laut K7-Blatt im Angebot vom 25.1.2012 auf die dann angebotene Leistung "Lohn B***" mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX laut K7-Blatt, vorgelegt am 1.2.2012 und schließlich die angebotenen Leistungen " XXXXX" mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX und "Lohn B***" mit XXXXX Std/EH zum Stundensatz von XXXXX laut K7-Blatt vom 6.2.2012), womit im Ergebnis eine Änderung des Angebotes einhergeht. Die Zulässigkeit einer Angebotsänderung wird gemäß Paragraph 106, Absatz 8, BVergG im offenen Verfahren jedoch mit dem Ablauf der Angebotsfrist beschränkt und ist danach unzulässig. Jede Angebotsänderung nach Angebotsöffnung steht im offenen Verfahren nicht im Einklang mit dem in Paragraph 101, Absatz 4, BVergG verankerten Verhandlungsverbot. Das strikte Gleichbehandlungsgebot des Paragraph 101, Absatz 4, leg cit stellt eine Konkretisierung der Gebote der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG dar. Auf ein solches "Nachtragsangebot" darf der Auftraggeber den Zuschlag nicht mehr erteilen (BVA 23.2.2011, N/0003-BVA/02/2011-19).

Maßgeblich für die Beurteilung jedes Angebotes in einem offenen Verfahren ist der Zeitpunkt der Angebotsöffnung (BVA 23.2.2011, N/0003-BVA/02/2011-19).

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung 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, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung 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, auszuschneiden.

Beim Angebot der Antragstellerin handelt es sich infolge Nichtvorlage von laut bestandfester Ausschreibung zwingend

mit dem Angebot vorzulegenden K7-Blättern für die Z-Positionen 090232B (mechanische Schutzbesch. Bestand Typ2 M), 090233C (mechanische Schutzbesch. Bestand Typ3 Pa), 090234C (mechanische Schutzbesch. Bestand Typ 4 Stk), 090235C (pari Ergänzung Feuerverzinkung. Bestand Typ 5 Stk), 090236C (Kompl. KO.Schutz. Bestand Typ 6 Pa) und 132275A (Kanten abrunden M1), um ein der Ausschreibung widersprechendes und unvollständiges Angebot, welches vom Auftraggeber zu Recht ausgeschieden wurde.

Auf das weitere Vorbringen der Antragstellerin war daher schon aus diesem Grund nicht mehr einzugehen.

1. 3.Ziffer 3

Zu Spruchpunkt II.:Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Wie sich aus den Ausführungen zu Spruchpunkt I. ergibt, wurde das Angebot der Antragstellerin vom Auftraggeber zu Recht ausgeschieden. Es kam somit für eine Zuschlagsentscheidung im verfahrensgegenständlichen offenen Vergabeverfahren nicht in Betracht. Demzufolge kann bzw. konnte der Antragstellerin kein Schaden entstehen. Da eine notwendige Vorraussetzung für die Antragstellung gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG nicht vorliegt, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/ Fruhmann/ Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, § 163 Rz 26; ebenso BVA 6.10.2009, N/0086-BVA/02/2009-32; 28.1.2008, N/0115-BVA/02/2007- 26; 5.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39 ua.).Wie sich aus den Ausführungen zu Spruchpunkt römisch eins. ergibt, wurde das Angebot der Antragstellerin vom Auftraggeber zu Recht ausgeschieden. Es kam somit für eine Zuschlagsentscheidung im verfahrensgegenständlichen offenen Vergabeverfahren nicht in Betracht. Demzufolge kann bzw. konnte der Antragstellerin kein Schaden entstehen. Da eine notwendige Vorraussetzung für die Antragstellung gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG nicht vorliegt, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/ Fruhmann/ Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, Paragraph 163, Rz 26; ebenso BVA 6.10.2009, N/0086-BVA/02/2009-32; 28.1.2008, N/0115-BVA/02/2007- 26; 5.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39 ua.).

1. 4.Ziffer 4

Zu Spruchpunkt III:

Da der Nachprüfungsantrag - wie sich aus Spruchpunkt I. ergibt - betreffend die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abgewiesen und - wie sich aus Spruchpunkt II. ergibt - betreffend die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, zurückgewiesen wurde, liegt kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG vor. Der Antrag der Antragstellerin, der sich ausschließlich auf den Pauschalgebührenersatz für den Antrag auf Nachprüfung (und nicht auch auf den Antrag auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung) bezieht, ist daher abzuweisen.Da der Nachprüfungsantrag - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins. ergibt - betreffend die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abgewiesen und - wie sich aus Spruchpunkt römisch zwei. ergibt - betreffend die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, zurückgewiesen wurde, liegt kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vor. Der Antrag der Antragstellerin, der sich ausschließlich auf den Pauschalgebührenersatz für den Antrag auf Nachprüfung (und nicht auch auf den Antrag auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung) bezieht, ist daher abzuweisen.

Schlagworte

Offenes Verfahren, ausschreibungswidriges Angebot, unzureichende Vorlage K7-Kalkulationsblätter, bestandfeste Ausschreibung;

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2012

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